

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Etude Juridique des Servitudes Administratives

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de Montpellier

par

RENÉ DIEUDÉ

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

IMPRIMERIE DU SUD
J. Rodriguez - Béziers

1942

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Etude Juridique des Servitudes Administratives

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de Montpellier

par

RENÉ DIEUDÉ

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

IMPRIMERIE DU SUD
J. Rodriguez - Béziers

1942

FACULTE DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

N., professeur de droit Romain

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, professeur de Droit commercial.

N., professeur d'Economie Politique.

DELBEZ, professeur de Droit constitutionnel.

TISSET, professeur d'Histoire du Droit.

TEITGEN, professeur du Droit constitutionnel.

CLUSEAU, chargé de cours d'économie politique.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

GUENOUN, professeur honoraire.

BABY, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.



JURY

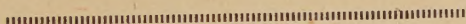
MM. DEMONTES, Professeur - *Président*

DE NESMES, Professeur - *Assesseur.*

VIALLETON, Professeur - *Assesseur.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs,

**Etude Juridique
des Servitudes
Administratives**



A la mémoire de ma femme,

A mon fils.

Introduction

Nous avons pour but, en entreprenant cette étude sur les servitudes administratives, non pas d'examiner chacune de ces servitudes - cela demanderait plusieurs volumes - mais simplement de les envisager dans leur généralité en menant un parallèle avec les servitudes du droit civil. Pour ce faire, nous nous placerons au point de vue du civiliste à qui appartient la notion de servitude, et nous nous demanderons si c'est à bon droit que les publicistes donnent ce nom aux assujettissements qui sont imposés par la loi ou les règlements à la propriété immobilière dans un but d'intérêt général. Pourquoi nous placer au point de vue du civiliste pour étudier les servitudes administratives? Nous étudierons cette notion de servitude administrative en nous référant au droit civil parce que les notions civilistes sont beaucoup plus étroitement calquées sur la notion de justice et par conséquent se rapprochent beaucoup et même se confondent avec celles que le droit pur doit reconnaître. Le droit civil nous semble beaucoup plus près que le droit public du droit naturel, du droit pur. Il nous paraît que le droit public est au contraire un droit anormal, en quelque sorte parce que, dans les rapports de droit qu'il régit, intervient toujours la puissance publique qui jouit de prérogatives, exorbitantes du droit commun. Au contraire du droit civil, les notions du droit public sont constamment mélangées

de théories étrangères à l'idée de justice, notamment celles de puissance publique ou d'utilité commune, qui sont des notions hétérogènes. Or, pour étudier la nature juridique d'un droit, il convient, à notre avis, de se placer sur le terrain où ce droit vit normalement, et c'est bien sur le terrain du DROIT PRIVE que cette condition est remplie. Ainsi, pensons-nous, peut se justifier notre attitude.

Elle nous commande d'affirmer qu'on ne peut ranger parmi les servitudes que les charges "imposées à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds", pour répondre à la définition de l'article 637 du Code Civil. Un assujettissement qui n'est pas établi en faveur d'un fonds, devons-nous dire, peut constituer un droit de nature quelconque, ayant une nature propre, mais ne constitue pas une servitude.

Or, les auteurs de droit public, pour créer ou faire reconnaître la notion de servitude administrative, n'ont pas hésité à laisser de côté, délibérément, le rapport actif de dépendance d'un fonds vis-à-vis d'un autre, c'est-à-dire à négliger le côté actif de la servitude qui est une de ses caractéristiques. Ils estiment qu'une servitude de droit administratif exige seulement l'existence d'un fonds servant et ils se préoccupent peu de rechercher quel est le fonds dominant. Cela ne les empêche pas d'appliquer les principes généraux du Code Civil en matière de servitudes. Ils profitent pour cela de l'équivoque créée par le terme même de "servitude administrative". Ceci est grave, car la question est plus qu'une question de mots. Toute la théorie des servitudes réelles en droit civil, est fondée sur une notion à contours arrêtés depuis longtemps et qui exige la réunion d'un certain nombre d'éléments. Appliquer cette théorie quand un ou plusieurs de ces éléments font défaut, c'est faire un acte qui doit être justifié. Le problème est donc,

avant tout, de savoir quels sont exactement les éléments essentiels de la notion de servitude.

Selon les publicistes, rien ne s'opposerait à ce que la loi appelât servitude toute obligation positive ou négative quand elle est attachée à la chose et suit tous les propriétaires de la chose. On parlerait à bon droit de "servitudes administratives" dans ces cas. Pour trancher cette controverse, ou plutôt pour choisir notre position et la justifier, nous devons examiner si le fonds dominant est absolument nécessaire pour qu'il y ait servitude, d'autant plus que des civilistes l'ont nié. Et nous devons conclure soit que l'on parle à bon droit de servitudes administratives bien que certaines ne comportent pas de fonds dominant, soit que l'on doit soigneusement distinguer les vraies servitudes des simples "restrictions et limites auxquelles est soumis l'exercice du droit de propriété" (1).

Il existe également une autre règle au sujet de laquelle les civilistes sont partagés. Elle est tirée du brocard ancien "*servitus in faciendo consistere nequit*", dont les partisans actuels déclarent qu'elle a été adoptée par le Code Civil dans son article 686. Nous aurons donc à l'examiner et à prendre position à son sujet, car certaines servitudes administratives, qui par ailleurs répondent parfaitement à la définition de l'article 637, obligent le propriétaire du fonds servant à quelque prestation positive.

Ces deux problèmes examinés, nous devons, avant de décider sur la nature des servitudes administratives, étudier si le "domaine public" est susceptible d'en être grevé. C'est une nouvelle question, très intéressante que nous verrons à propos de l'assiette des servitudes et qui, une fois traitée,

(1) AUBRY et RAU.

nous permettra de définir la servitude administrative. A propos de ce problème, nous verrons que les civilistes classiques n'ont pas été très heureux. Frappés sans doute par les effets particuliers qui s'attachent au domaine public ils n'ont pas su en dégager la nature vraie, et ils ont refusé d'y voir un "objet de propriété". En conséquence, ils ont été embarrassés pour définir les droits consentis sur ce domaine aux particuliers. Ce sont des publicistes qui se sont efforcés, avec bonheur, de montrer qu'il n'y avait pas de différence de nature entre la propriété du droit public et celle du droit privé. Cela leur a permis de résoudre heureusement le problème de l'assiette des servitudes administratives, et de dégager la théorie des droits réels administratifs (1).

Avant même d'avoir étudié la servitude administrative nous pouvons dès maintenant, parce que c'est une notion très nette une vérité première en quelque sorte, dire que c'est un démembrement de la propriété au profit de l'intérêt public. Immédiatement apparaît la question de savoir si cette charge qui grève un particulier en profitant à tous ne doit pas être compensée automatiquement par une indemnité. L'équité commande l'affirmative, mais des considérations financières ne permettent d'y faire droit sans distinctions. La difficulté consistera à définir dans quels cas elle devra être accordée. Nous verrons que c'est une question très délicate aussi de savoir *qui* l'accordera.

Enfin à côté de ces problèmes essentiels, nous devons étudier la naissance, l'exécution, l'extinction des servitudes

(1) RIGAUD. La Théorie des droits réels administratifs, thèse Toulouse 1914. Hauriou, Traité du Droit administratif.

Notes de Mestre, Alibert, Hauriou au SIREY, signalées au cours de notre ouvrage.

administratives, qui à raison de la nature de ces droits présentent des caractères particuliers.

Le plan général de notre travail se fait jour : nous traiterons successivement :

Origine et fondement des servitudes.

TITRE I. — *Justification de l'Expression Servitudes Administratives.*

De la nécessité du fonds dominant.

Le domaine public est-il susceptible de jouer ce rôle ?

De la règle "Servitus in faciendo consistere nequit".

TITRE II. — *Assiette des servitudes administratives.*

TITRE III. — *Nature des servitudes administratives.*

TITRE IV. — *Du problème de l'indemnité.*

TITRE V. — *Naissance, exécution et extinction des servitudes administratives.*

CONCLUSION.

Origine et fondement des servitudes

“Tous les héritages, d’après le droit naturel étaient libres, nous dit BASNAGE (Coutume de Normandie). Mais l’avarice et l’ambition ont détruit la liberté et ont introduit l’esclavage sur les hommes et la servitude sur les biens”.

Sans vouloir se poser en défenseur de l’humanité en cherchant aux servitudes une origine moins déshonorante pour elle, il est permis de dire que les servitudes ne sont certainement pas nées de tels sentiments.

Il n’est besoin que de s’imaginer la formation de la société, pour comprendre, pour “réaliser”, la naissance de ces droits.

Les servitudes sont nées des relations des hommes comme une nécessité de l’ordre social. Elles se sont formées en même temps que se formait la “société” dont le développement ne peut se concevoir sans leur développement corrélatif.

Dès le jour où, pour les besoins d’une défense commune, des hommes se groupèrent, ils sentirent combien il était nécessaire de restreindre dans certains cas, des droits légitimes en eux-mêmes, mais dont le libre exercice, individuel et absolu, n’allait pas sans gêner ou même sans paralyser l’exercice du droit non moins légitime d’autres individus.

Imaginons deux hommes dont les champs se trouvent sur le flanc d'une colline, l'un dominant l'autre. Le propriétaire du champ inférieur devra supporter que les eaux de pluie tombant sur le champ voisin s'écoulent sur le sien. Tant qu'il n'acceptera pas cette "servitude", il ne pourra se constituer une "société". Les hommes seront continuellement en lutte. Mais très vite, il se pliera à cette nécessité, car il verra les avantages du "groupe" devant ses ennemis, hommes, bêtes ou éléments.

Une fois incorporé dans un groupe, il devra consentir de nouveaux sacrifices, et il les consentira plus facilement parce qu'il aura senti les bienfaits de la vie sociale auxquels il ne voudra pas renoncer. C'est ainsi que, riverain d'un fleuve, il laissera un chemin sur ses bords pour rendre la pêche possible aux hommes qui vivent avec lui, et plus le groupe se développera, deviendra important, plus les sacrifices seront nombreux. Il arrivera un moment où les restrictions nécessaires au droit naturel ne naîtront plus d'une sorte de contrat entre voisins, mais seront imposées par le Chef que tout groupe doit se donner. En effet, lorsque la société atteindra un certain développement, les sacrifices qui lui seront demandés seront nombreux et pour certains d'entre eux, ils lui paraîtront lourds parce qu'ils seront nécessaires seulement à la collectivité et parce que, à cause de cela, l'utilité immédiate ne lui apparaîtra pas. C'est pourquoi les servitudes seront établies par la "*puissance publique*" dont l'activité s'emploie surtout à servir la collectivité. Ainsi naîtront les servitudes administratives qui seront appelées à se développer avec chaque progrès de la société. Quand on construira des places fortes, on sentira la nécessité d'en dégager les abords pour faciliter leur défense, d'où naissance des servitudes défensives. Quand on bâtera des villes, on appréciera l'avantage de voies larges et droites, et on

créera les servitudes de voirie. Lorsqu'on établira des lignes de chemin de fer, lorsque se développera la circulation routière ou fluviale, ou bien la navigation aérienne, on devra établir de nouvelles servitudes.

Ainsi, l'homme étant avant tout un être social, pour que la société puisse avancer sans cesse dans la voie de la civilisation, pour qu'elle puisse subsister en assurant à tous la jouissance de l'ordre général et de la tranquillité publique, il est indispensable qu'elle puisse imposer certaines modifications à l'exercice du droit naturel. C'est donc la nécessité qui est l'origine des servitudes administratives, comme des servitudes privées.

C'est également la nécessité de ces servitudes qui en est le fondement.

Que serait en effet une société dont le gouvernement ne pourrait procurer aux établissements militaires leurs moyens d'action ; que serait la vie de ses membres s'il ne pouvait contraindre les propriétaires d'étangs insalubres à faire cesser ces foyers de maladies, où s'il ne pouvait établir des voies de communication par l'impossibilité juridique d'entreprendre aucun grand travail public ; quelle serait enfin la richesse économique d'un pays où le gouvernement n'aurait pas les pouvoirs d'empêcher la destruction de la richesse forestière ou la mauvaise exploitation des richesses souterraines ? C'est à l'acceptation même de ces assujettissements que la propriété est redevable de la vie.

Les servitudes sont nées avec la société ; elle sont l'essence même de l'ordre social.

TITRE I

Justification de l'expression " servitude administrative "

Nous avons dit que les servitudes, pour mériter cette qualification, doivent comporter un fonds dominant. C'est la définition même de la servitude, d'après le Code Civil, qui nous l'apprend. Or, certains auteurs, qui voient de grandes différences entre les servitudes civiles et les servitudes administratives, signalent que ces dernières, parfois, n'ont pas de fonds dominant. Ainsi JOUSSELIN parle de certaines servitudes administratives qui ne comportent pas de fonds bénéficiaire, et il cite la servitude de reculement à laquelle est assujetti l'immeuble riverain d'une voie publique, la servitude de plantation qui oblige les propriétaires riverains d'une route nationale à planter des arbres le long de cette route.

Monsieur BERTHELEMY va encore plus loin, puisqu'il soutient qu'en règle générale les servitudes administratives ne sont pas établies au profit d'un fonds dominant. Cela serait dans leur nature. Elles seraient simplement créées en vue de l'intérêt général. Elles auraient pour objet immédiat l'utilité publique, *sans aucun intermédiaire*.

Pourtant ces auteurs concluent à la légitimité de l'expression "servitudes administratives", JOUSSELIN parce que ces mots caractérisent avec précision et la nature des objets auxquels ils s'appliquent, c'est-à-dire les biens immeubles, et la nature du mode d'action qu'ils désignent, c'est-à-dire action qui, sans déplacer la propriété, se borne à la régler dans son exercice et Monsieur BERTHELEMY parce que ces situations sont pour ceux qui les subissent pareilles aux charges résultant des servitudes.

Il est facile de voir que ces auteurs s'attachent plutôt au côté passif de la servitude pour la caractériser, qu'à son côté actif. Ils considèrent la charge grevant un fonds comme caractéristique essentielle, primordiale, de la servitude. Ils arrivent même à en faire une caractéristique suffisante. En conséquence, ils n'hésitent pas à donner ce nom à de simples restrictions au droit de propriété.

Il nous faut donc examiner cette règle de la nécessité du fonds dominant, avant de conclure, sur l'examen de son importance, si l'on peut appeler servitudes des charges réelles grevant une propriété au profit soit d'une personne, soit d'une collectivité sans l'intermédiaire d'aucun fonds.

Quelles sont les différentes attitudes que l'on puisse adopter ?

1°. — On peut décider que la servitude est concevable sans le fonds dominant. Dans ce cas on dira que les servitudes administratives sont des servitudes au vrai sens du mot, et non pas de simples restrictions au droit de propriété.

2°. — On peut également se prononcer pour la nécessité du fonds dominant. On devra décider alors que les servitudes administratives ne sont pas de vraies servitudes, si comme Monsieur BERTHELEMY on soutient qu'elles n'ont jamais de fonds bénéficiaire.

3°. — Enfin il est possible, tout en acceptant la nécessité du fonds dominant, de soutenir que le domaine public joue ce rôle de fonds dominant. Mais, en admettant qu'après cet examen on ait conclu à la légitimité de l'expression "*servitudes administratives*", cela ne suffira pas. Comme certaines d'entre elles imposent un *facere* aux propriétaires, il restera à démontrer, avant de conclure qu'une servitude peut consister *in faciendo*.

Nous devons en conséquence traiter de la nécessité du fonds dominant et de la règle "*servitus in faciendo consistere nequit*".

CHAPITRE I

De la nécessité du fonds dominant

Bien que l'article 637 définisse la servitude comme une charge pesant sur un héritage au profit d'un autre héritage, certains auteurs, critiquant cette conception classique, ont soutenu que l'existence de deux fonds ne devait pas être nécessaire pour la constitution des servitudes.

M. ROGUIN (1) voit dans cette idée le "joug du romanisme qui pèse encore lourdement sur le droit moderne européen", et il cite le Code de Zurich qui autorise une société de tir non propriétaire de son stand à posséder une servitude de ne pas bâtir sur le terrain traversé par ses projectiles. BLUNTSCHLI (2) avait fait avant lui la même observation, en remarquant "qu'il existe des servitudes qui, par la force des choses, pèsent sur un fonds servant, mais au profit d'une classe de personnes".

Le Code civil espagnol même n'est pas hostile, semble-

(1) Roguin. La règle de droit N° 15. P. 33.

(2) Bluntschli. Deutsches Privatrechts 86.

t-il à une telle conception, puisque son article 531 porte : "Des servitudes peuvent être établies au profit d'une ou plusieurs personnes, ou d'une communauté, non propriétaires du fonds grevé (1).

On a pu même trouver dans la jurisprudence des décisions qui, à première vue, semblent confirmer cette façon de voir. C'est ainsi que la Cour de Cassation, à deux reprises - par des arrêts de rejet - a reconnu la validité de servitudes établies au profit du public.

Dans un très ancien arrêt, il s'agissait de l'obligation d'entretenir un théâtre perpétuellement dans cette destination - "en faveur non pas d'une personne, mais du public entier... ce qui écarte toute idée de servitude personnelle prohibée..." "Mais, outre que cet arrêt est trop peu motivé pour qu'on en puisse tirer une règle générale admise par lui, il faut remarquer qu'il décide surtout sur la validité d'une telle convention malgré la prohibition de toute obligation perpétuelle, et non pas sur sa nature. Il ne dit pas qu'il y a là une servitude. Il refuse seulement d'annuler l'obligation parce qu'il n'y voit pas une obligation personnelle dont le législateur défend la perpétuité.

Dans une deuxième espèce, la stipulation litigieuse portait : "l'acquéreur laissera la grande mare libre en son entier du côté du chemin, afin que les particuliers voisins puissent y faire abreuver leurs bestiaux et puiser de l'eau quand ils jugeront à propos. Il pourra construire un abreuvoir de manière à ce que les bestiaux du public qui viendront s'abreuver à cette mare ne puissent passer sur son fonds."

(1) Dehr. Elem. de droit civil espagnol 2^{me} partie, N^o 376.

On peut enfin citer une décision reconnaissant qu'une servitude peut être stipulée dans l'intérêt d'une collectivité déterminée.

Le Tribunal de Béthune (1) a admis l'existence d'une servitude dans la convention intervenue entre un syndicat intercommunal et un propriétaire, par laquelle ce dernier consent à recevoir pendant vingt ans, sur un terrain lui appartenant, la dérivation d'un cours d'eau.

On ne peut cependant conclure que l'existence d'un fonds dominant n'est pas nécessaire. Admettre comme le font le Code de Zurich et Code Espagnol que la servitude peut être établie au profit d'une collectivité est-ce admettre qu'il n'y ait pas de fonds dominant ? Aucunement. La servitude de ne pas bâtir établie au profit d'une société de tir par le Code de Zurich ne se conçoit pas sans l'existence du stand. Elle ne peut en être détachée sous prétexte que la société n'est pas propriétaire de ce stand, car pour bénéficier d'une servitude, il n'est pas du tout nécessaire d'être propriétaire. La même remarque est applicable à l'article 531 du Code Espagnol. Ce qui a pu faire illusion, c'est que dans ces textes c'est le bénéficiaire qui apparaît au premier plan, c'est-à-dire la société, ou la communauté, alors que dans le Code Civil français le bénéficiaire est caché derrière le fonds dont il est détenteur. Mais qu'il apparaisse en pleine lumière ou qu'il soit dans l'obscurité c'est toujours le titulaire de la servitude qui en profite. Les auteurs classiques, les partisans de la conception la plus restrictive de la servitude réelle n'ont jamais soutenu le contraire.

(1) 2 mai 1934. — S. 1935. 2. 51.

CAPITANT (1) écrit en effet que "si la servitude doit être établie pour l'utilité d'un fonds, cette phrase ne signifie évidemment pas que les avantages découlant de la servitude ne puissent profiter à une personne humaine. Cela serait absurde ; il est trop clair que ce sont les divers possesseurs successifs des fonds dominants qui recueillent, en leur personne, le bénéfice des servitudes".

Comme le dit M. MICHAS (2) il serait absurde de croire que le fonds dominant joue le rôle de véritable sujet actif du droit ou de soutenir la conception d'un fonds qui en domine un autre par son droit. La réalité est bien que la servitude profite à une personne, mais c'est toujours par "l'intermédiaire d'un fonds dont-elle est propriétaire".

Mais de là à supprimer cet intermédiaire, il y a loin et ceux qui n'hésitent pas à le faire nous semblent oublier trop facilement que la servitude est un droit réel, et non pas seulement une obligation "propter rem." Le Code espagnol ou le code de Zurich qui mettent en avant la personne mentionnent l'existence de ce support indispensable du droit de servitude.

En définitive il est parfaitement exact qu'on ne peut concevoir une utilité procurée à un fonds sans un avantage plus ou moins direct pour le propriétaire de ce fonds. On peut affirmer qu'il n'y a pas de servitude réelle qui ne profite à la personne du propriétaire du fonds dominant, en même temps qu'elle offre une utilité pour le fonds. Pourrait-on même concevoir l'utilité procurée au fonds sans un avantage plus ou moins direct pour le propriétaire ? Mais si l'intérêt

(1) Capitant. Cours élém. du droit civil. T. I. — N° 317.

(2) — — — — — N° 817.

que peut retirer ce propriétaire de la servitude dont il est bénéficiaire n'empêche point ce droit d'avoir les caractères d'une servitude réelle, il en est différemment si la charge est imposée "uniquement" en faveur d'une personne. Pour qu'il y ait véritablement servitude, il ne suffit pas qu'un propriétaire soit gêné dans l'exercice de son droit au profit d'une personne, il faut qu'il y ait un fonds dominant. La charge imposée au fonds servant, doit être d'une nature telle qu'elle ne puisse être utilisée que par le propriétaire du fonds dominant et en tant que propriétaire (1) - Cette proposition montre bien aussi la nécessité du fonds dominant pour qu'il y ait servitude.

Les décisions de la jurisprudence sont bien en ce sens. Elles exigent un rapport entre deux fonds. La jurisprudence est même plus rigoureuse. En effet, elle décide qu'une charge imposée à un héritage au profit d'un autre héritage peut être considérée comme ne constituant pas une servitude réelle "malgré l'existence de deux fonds" lorsqu'elle a été stipulée dans l'intérêt exclusif du propriétaire et qu'elle ne présente aucune utilité pour le fonds. La jurisprudence exige donc plus qu'un rapport entre deux fonds. Elle veut en outre une utilité pour le fonds dominant. A défaut, il n'y a là qu'un simple droit personnel.

En application de cette thèse, l'opinion dominante en jurisprudence (2) et en doctrine est que la concession d'un droit de chasse à perpétuité sur un fonds au profit des pro-

(1) Capitant, Cours élém. droit civil T. I. N° 817.

(2) Cass. 5 janv. 1907. S. 1912. I. 419.
Crim. 9 janvier 1891. D. 91. I. 89.

priétaires successifs d'un autre fonds constitue une servitude personnelle prohibée et non une servitude réelle entre deux héritages pour l'utilité de l'un deux.

C'est une solution très juste, car, dans de telles conventions, la propriété du bénéficiaire n'intervient pas réellement dans le rapport du droit : on pourrait très bien concevoir les mêmes charges établies au profit d'une personne non propriétaire sur le même fonds. Si de pareils droits étaient des servitudes, si on acceptait comme suffisante sans autre condition, l'existence de deux fonds dans le rapport de droit, on devrait déclarer possibles des servitudes dont le bénéficiaire serait un immeuble situé par exemple à Paris et dont l'héritage assujetti se trouverait en Camargue !

La jurisprudence réclame une utilité, et une utilité économique. Il sera possible d'établir une servitude lorsque la charge stipulée présente cette utilité pour le fonds dominant, accroît sa valeur économique et est susceptible de se transmettre accessoirement avec le fonds. On ne conçoit pas qu'elle puisse exister en l'absence, sinon de la contiguïté, du moins de la vicinité des deux fonds.

Le deuxième arrêt de la Cour de Cassation que nous avons signalé plus haut, et la décision du Tribunal de Béthune, ne doivent pas faire illusion sur la prétendue possibilité d'une servitude sans fonds dominant. Nous y voyons nettement posée la condition de vicinité, les particuliers "*voisins*" dit la Cour de Cassation. Ils sont propriétaires de fonds voisins, et ceux-ci retirent certainement un avantage économique de la convention. L'indétermination des fonds bénéficiaires n'empêchent pas que ces fonds existent, et ce n'est que parce qu'ils existent et parce qu'ils retirent une utilité certaine des conventions passées qu'il y a servitude. Les fonds bénéficiaires apparaissent sans doute en

deuxième position dans le rapport qui s'établit, mais leur existence demeure décisive. Les juges ont indiscutablement considéré que dans ces conventions la personnalité des propriétaires était indifférente, sinon ils auraient refusé d'y voir une servitude.

S'il pouvait y avoir quelque doute sur ce point, un arrêt du 18 avril 1921 de la Cour de Cassation (1) suffirait à confirmer notre façon de voir.

Une commune avait vendu une scierie à un industriel, sous la condition de la maintenir en activité pour l'usage et les besoins de la commune et de ses habitants, bénéficiaires d'un prix de faveur pour les tailles. La cour a jugé qu'il n'y avait pas charge réelle mais "simple obligation imposée à des personnes au profit d'autres personnes... Attendu que la commune n'a recherché que le profit des habitants, et n'a jamais envisagé un profit économique quelconque dont pourraient éventuellement bénéficier les forêts communales ou privées et les habitations particulières situées sur son territoire... Cet arrêt vient heureusement éclairer les arrêts dont une interprétation spacieuse pouvait faire croire à la possibilité de servitudes dans lesquelles n'entrerait pas en considération le fonds dominant. Si la Cour de Cassation a pu reconnaître une servitude au profit d'une collectivité, et en particulier au profit d'un "syndicat intercommunal", c'est tout simplement parce que cette collectivité, ce syndicat, représentait les propriétaires des "fonds dominants".

La jurisprudence est donc toujours d'accord avec la doctrine classique : les charges réelles grevant la propriété ne

(1) S. 1922.1.76.

sont pas des servitudes si elles ne profitent pas à une autre propriété immobilière. En conséquence, nous devons dire que les servitudes administratives ne sont pas de vraies servitudes, si elles ne comportent pas de fonds dominant. Avec M. PLANIOL (1) nous soutenons qu'il est inadmissible de prétendre que le droit administratif connaît de telles servitudes. La notion de servitude foncière appartient au droit civil qui en a déterminé les éléments depuis plus de deux mille ans. Il n'y a pas lieu d'en admettre la modification sur un point essentiel. S'il existe des charges foncières qui ne supposent pas l'existence d'un fonds bénéficiaire, c'est tout simplement qu'il y a des charges réelles qui ne sont pas de vraies servitudes. Pour soutenir le contraire, il faut avoir perdu de vue que la servitude n'est pas seulement une charge, mais encore un droit. Les charges administratives grevant la propriété foncière, qui ne seraient pas créées pour l'usage ou l'utilité d'un autre fonds, ne pourraient être que de simples restrictions aux droits des propriétaires fonciers et non des servitudes comparables à celles du droit civil.

La nécessité de deux fonds est une règle essentielle, et on n'est pas justifié à appeler servitude un droit qui n'y répond pas. En conséquence nous devons décider que les servitudes administratives ne seront de vraies servitudes que si elles répondent à cette exigence.

S'il est possible de démontrer que le domaine public est susceptible de servir de fonds dominant, si l'on peut dire que la charge pesant sur des propriétés privées est établie en sa faveur, l'expression servitude administrative appliquée

(1) Note au D, 1914.2.97.

pratiquement à cette charge sera juridiquement exacte. Mais si l'on doit accepter l'affirmation de M. BERTHELEMY que le domaine public n'est pas un objet de propriété, il nous sera interdit de considérer comme de vraies servitudes ces restrictions au droit de propriété. Comment, en effet, soutenir que le domaine public peut jouer le rôle de fonds dominant s'il n'est objet de propriété, puisque la servitude est un accessoire de la propriété ?

Nous allons donc examiner en premier lieu ce problème du domaine public, et nous passerons ensuite en revue diverses servitudes administratives pour lesquelles nous tâcherons de montrer qu'elles possèdent les caractères indispensables pour constituer une servitude réelle.

CHAPITRE II

Le domaine public est-il susceptible d'être fonds dominant ?

Nous avons admis la règle qu'il ne peut y avoir servitude sans fonds dominant. Si le domaine public peut jouer ce rôle de fonds dominant, ce caractère de servitude réelle dans le sens du Code Civil devra être accordé à de nombreuses servitudes administratives, et cette appellation sera juridiquement justifiée.

Mais pour que l'on puisse soutenir que le domaine public est bénéficiaire, il faut, avons-nous dit, qu'il soit objet de propriété, puisque la propriété servitude est liée étroitement à la propriété.

Nous voyons tout l'intérêt de la question. De sa solution dépend en grande partie celle du problème de la justification de l'expression servitudes administratives.

Or, de nombreux auteurs ont nié que le domaine public fût un objet de propriété. Notamment M. BERTHELEMY ; celui-ci pose en principe que rentrent seulement dans la composition du domaine public les portions de territoire

affectées à l'usage de tous et "insusceptibles de propriété". Logiquement il doit conclure, puisque le domaine public est composé de choses insusceptibles de propriété, qu'il ne peut exister sur ce domaine un droit de propriété quelconque. En effet, M. BERTHELEMY soutient que l'Etat, le département, la commune n'ont sur le domaine public qu'un droit de gestion, de garde et de surintendance. Avec cette conception du domaine public, M. BERTHELEMY s'est vu contraint d'affirmer que les servitudes administratives n'avaient jamais de fonds dominant. Si nous adoptons la même thèse après avoir affirmé la nécessité d'un rapport entre deux fonds, nous devrions forcément en conclure que les servitudes administratives ne sont pas vraies servitudes, au sens que nous avons donné à ce mot.

Mais nous n'acceptons pas la conception de M. BERTHELEMY, car nous nous refusons à admettre le principe fondamental qui la commande, à savoir que les biens du domaine public sont des biens insusceptibles de propriété. Ce critérium est d'ailleurs abandonné aujourd'hui par la presque unanimité des auteurs. La critique qu'on peut lui faire, c'est qu'il n'existe aucune impossibilité à ce qu'un particulier possède une rue, une route, ou un port. Aussi préférons-nous adopter le critérium de M. HAURIOU, celui de l'affectation à l'usage du public. Grâce à cette idée d'affectation, il n'y a plus aucune difficulté à soutenir que le domaine public est objet de propriété, et M. HAURIOU a montré que l'Etat, comme le département ou la commune, avait sur son domaine un véritable droit de propriété. Ce qui paraissait impossible avec la définition des biens du domaine public, faite par M. BERTHELEMY, est parfaitement normal avec le nouveau critérium. L'affectation au public ne peut empêcher le droit de propriété. Si un propriétaire affecte son parc

à l'usage des enfants d'une école, dira-t-on qu'il n'a plus un droit de propriété sur ce parc ? Ce serait absurde. Ceux qui soutiennent que l'Etat n'a pas sur son domaine un véritable droit de propriété objectent que son droit ne possède pas les trois éléments du droit de propriété : l'usus, le fructus, l'abusus. Il est certain que les facultés de la propriété ordinaire se trouvent diminuées par la domanialité publique. L'usus est modifié parce que le service affectatoire doit respecter la destination publique de la chose, mais il n'est pas supprimé : occupation temporaire du domaine public. Le fructus est restreint, mais l'Etat ne peut-il tirer de son domaine des redevances ? L'abusus est le plus atteint par le principe d'inaliénabilité, mais l'Etat peut aliéner après désaffectation. Nous verrons par ailleurs les limites de ce principe.

Mais la propriété privée ne peut-elle également se trouver dépourvue de l'un quelconque de ces éléments ? L'usufruitier enlève le fructus et l'usus au propriétaire. L'abusus même est frappé par l'inaliénabilité totale... Aucune des restrictions qui sont apportées aux facultés ordinaires que contient le droit de propriété n'est un obstacle à la propriété de l'Etat, puisque la propriété privée peut elle-même subir de semblables restrictions sans pour cela cesser d'être la propriété.

Evidemment, le droit de l'Etat sur le domaine public diffère quelque peu du droit de l'individu sur son immeuble. Mais il n'y a pas qu'une forme de propriété, qui serait strictement la propriété définie par le Code civil. "Le concept de propriété, considéré en soi, n'est ni de droit privé, ni de droit public, c'est un concept général". (1) Entre la propriété du droit privé et la propriété du

(1) Romano, Principe de droit administratif italien.

droit public, il n'y a pas de différence de nature. Il y a que droit public, il n'y a pas de différence de nature. Il n'y a que des différences de règles venant de ce que le titulaire du droit de propriété administrative a des pouvoirs exorbitants du droit commun. Il y aura donc des différences quant aux prérogatives de la propriété et quant à la protection. Il convient de les examiner afin de voir qu'elles ne permettent pas de séparer radicalement la propriété privée de la propriété administrative, et afin de montrer au contraire qu'elles sont de même nature.

Différences dans les prérogatives.

La puissance publique est infiniment au-dessus du pouvoir privé du propriétaire. C'est un fait indiscutable et qui n'a pas besoin d'une longue justification. Il suffit de considérer que la puissance publique représente les intérêts généraux de la collectivité, qu'il a pour mission de défendre en face des intérêts particuliers que l'égoïsme des individus a tendance à favoriser aux dépens de l'intérêt public. Ainsi, dans l'administration du domaine, les attributs de la puissance publique se superposent aux facultés ordinaires de la propriété privée. En conséquence, les droits d'affectation et de désaffectation, les droits de délimitation et d'alignement, les droits de police ou de voirie, les droits de concession, qui sont également des facultés de la propriété ordinaire, prennent une physionomie particulière et produisent des effets exorbitants; ils sont faits par des décisions unilatérales qui s'exécutent elles-mêmes par la force propre du propriétaire.

Différences dans la protection.

En même temps que les actions possessoires et l'action domaniale (1) qu'une jurisprudence constante reconnaît à l'Administration, celle-ci dispose en outre, pour la défense de son domaine de moyens plus efficaces : contraventions de voirie, démolition d'office, procédés de police.

Voilà toutes les différences que l'on peut relever entre le droit de propriété administrative et le droit de propriété privée. Comment soutenir dans ces conditions qu'il y ait entre elles une différence de nature ? Il y a tout au plus une différence de degré ; nous savons qu'elle est dûe à une puissance plus grande chez l'un des propriétaires. Nous pouvons dire qu'il n'y a d'autre différence entre le droit de propriété administrative et le droit de propriété privée que celle existant entre leurs titulaires ou entre le droit public et le droit privé. Nous sommes ici en présence d'une nouvelle transposition du droit privé, transposition qui ne peut changer la nature des choses, puisque seules changent les personnes entrant dans le rapport de droit.

Cette identité de nature entre ces deux formes de propriété, nous la trouvons confirmée par les effets identiques qui découlent de l'une comme de l'autre, et que nous allons examiner.

Identité de nature de la propriété administrative et de la propriété privée.

Elle se manifeste dans leurs effets,

a) de même que les fruits d'un immeuble deviennent la propriété du détenteur, propriétaire, usufruitier, etc..., de

(1) Cass. 17 Juil. 1892. C. E. 17 mars 1905. Viel.

même les fruits du domaine public appartiennent à la personne morale à *qui incombe la charge de l'entretenir*. C'est M. BERTHELEMY qui le reconnaît en ces termes ; on ne saurait donc s'étonner qu'il n'écrive pas : *appartiennent à la personne morale qui en a la propriété*, puisqu'il n'admet pas la propriété du domaine public. D'ailleurs sa phrase est plus juste, car il se peut que l'Etat, propriétaire du Domaine public l'ait concédé à une autre personne morale. Dans ce cas, les fruits vont à cette personne.

b) de même que le propriétaire privé peut louer son bien, de même l'Administration peut concéder des droits d'occupation sur son domaine public contre des redevances à son profit. Ainsi, pour les produits comme pour les fruits, la propriété administrative répond aux mêmes règles que la propriété privée.

c) Ainsi que nous l'avons déjà dit, le propriétaire ou le détenteur d'une dépendance du domaine public à l'exercice des actions possessoires, tout comme le propriétaire privé pour se défendre contre tout trouble de jouissance ;

d) lorsqu'il est découvert un trésor, l'article 716 du Code Civil en attribue la moitié au propriétaire du sol. Or un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 17 janvier 1923 (1) fait attribution à l'administration de la totalité des charbons extraits des déblais effectués dans un port, parce qu'une clause du cahier des charges écartait l'application de l'article 716 sur l'invention des trésors. C'est donc que le conseil d'Etat considère que l'administration a un "droit de propriété" sur le port, dépendance du domaine public. Il le dit d'ailleurs assez clairement : "les terrains faisant partie d'un port mari-

(1) C. E. 17 Janvier 1923 - S. 1925.3.17.

time sont des dépendances du domaine public et "*appartiennent à l'Etat*". Cet arrêt est d'autant plus significatif qu'il réformait une décision du conseil de Préfecture, justement parce que ce dernier avait précisément dénié le droit de propriété de l'Administration. Cet arrêt du Conseil d'Etat montre bien que la jurisprudence a abandonné la thèse de M. BERTHELEMY.

e) Il est enfin intéressant de remarquer que l'Administration perçoit une redevance pour les mines exploitées dans le sous-sol du domaine public. Or la loi du 21 avril 1810 attribue la redevance tréfoncière au "propriétaire" de la surface.

Ainsi nous avons vu qu'il n'existe aucune différence de nature entre le domaine public et le domaine privé et que ceux-ci se comportaient de façon identique quant à leurs effets. D'autre par le Conseil d'Etat a reconnu à l'Administration un véritable droit de propriété sur son domaine public. Nous pouvons dire par conséquent que le domaine public est l'objet de propriété. Par suite rien ne s'oppose plus, juridiquement, à ce qu'il soit constitué une servitude à son profit. Comme l'héritage d'un particulier, le domaine public peut jouer le rôle du fonds dominant. Appartenant au "public" (ou, comme on disait, à la Nation), il n'est pas une fin en soi, mais un moyen de servir l'intérêt de tous et de chacun. Il doit en conséquence se comporter comme toute propriété privée.

En passant en revue diverses servitudes administratives nous essayerons de faire ressortir ce rôle.

CHAPITRE III

Des différentes servitudes administratives

Avant de passer à l'examen des diverses servitudes administratives dans lesquelles existent le rapport entre deux fonds sans lequel il n'y a pas vraie servitude, nous devons éliminer les simples restrictions au droit de propriété dans un but d'intérêt général. Nous n'acceptons comme servitudes administratives que les droits suivants dont nous ne donnerons qu'une simple énumération, avec quelques mots seulement pour les définir et faire ressortir l'existence du fonds dominant.

Servitudes militaires défensives,

On appelle servitudes militaires ou défensives des charges imposées à la propriété foncière dans l'intérêt de la défense des places de guerre. Les propriétés grevées de ces servitudes sont celles qui sont situées dans le rayon de défense des places de guerre. Ce rayon est divisé en trois zones, avec pour la première, défense de faire aucune construction ou plantation d'arbre et aucune clôture autre qu'en haies sèches ou en planches à claire-voie. Ces servitudes répondent parfaitement à la définition de l'article 637. On y aperçoit sans difficulté le fonds dominant. Il est clair que l'enceinte ou le fort joue

ce rôle, puisque la gêne imposée aux propriétaires du voisinage a pour but de faciliter le tir et dégager les abords de la place. Comment, devant ce genre de servitudes, affirmer que les servitudes administratives n'ont pas de fonds dominant ? On dira sans doute que la servitude défensive est établie non pas dans l'intérêt du fort mais dans l'intérêt de la défense nationale. Nous répondrons à cet argument que cette servitude est établie dans l'intérêt de la nation, plus précisément dans l'intérêt public, en précisant encore nous dirons qu'elle vise à protéger le territoire national. Ce dernier peut être considéré à la rigueur comme le bénéficiaire de la mesure de défense. Mais on doit chercher plus près, et alors, on est obligé de reconnaître que le bénéficiaire immédiat est la place forte ; c'est elle seule qui définit, délimite la servitude. Puisque sans son existence la servitude militaire ne peut être conçue, il n'est pas rationnel, pensons-nous, de lui refuser la qualité de fonds dominant. C'est pour faciliter sa défense que la servitude est créée. Ce n'est que par contre-coup que la défense nationale, ou la nation, en profite ; de même qu'en droit privé le propriétaire du fonds bénéficiaire profite indirectement de la servitude établie sur le fonds voisin.

Servitudes établies dans l'intérêt de la conservation des bois et forêts soumis au régime forestier sur les fonds avoisinants

Le simple énoncé du titre de ces servitudes suffit à indiquer le fonds dominant. Il y a bien réellement une charge imposée à un fonds pour l'usage ou l'utilité d'un autre fonds. Il n'est pas possible de nier qu'il n'y ait là de véritables servitudes.

Nous pouvons citer parmi ces servitudes l'obligation de supporter l'avancement des arbres de lisière des forêts de l'Etat , lorsque ces arbres ont plus de trente ans, la servitude d'essartement qui oblige les propriétaires d'une forêt riveraine d'une route à laisser de chaque côté de ses bords un espace de vingt pieds.

Servitudes établies dans l'intérêt des richesses souterraines.

Ce sont les obligations des propriétaires de souffrir les travaux nécessités par l'exploitation des mines, l'obligation d'observer les distances pour l'ouverture et l'exploitation des carrières. Le fonds dominant apparaît, ici encore, facilement. Ces servitudes sont établies directement dans l'intérêt des mines ou des carrières.

Servitudes relatives à la voie terrestre, fluviale ou aérienne

Ces servitudes sont très nombreuses. Mais on a dit qu'elles n'étaient pas de vraies servitudes parce qu'elles ne comportent pas de fonds dominant. Si cela était, nous serions les premiers à leur refuser la qualité de servitudes. Mais ne sont-elles réellement pas établies en faveur d'un fonds ? Ne sont-elles pas créées dans l'intérêt et l'utilité de la voie publique ? Comment expliquer alors que ces servitudes de voirie disparaissent en même temps que la voie publique qui en détermine l'assiette ?

Pour ceux qui refusent de voir dans le domaine public un objet de propriété, il est difficile d'admettre une telle solution. Mais pour nous qui ne voyons aucune différence de nature entre le domaine public et le domaine privé, elle est la seule solution logique et nécessaire.

Voici quelques-unes de ces servitudes :

“L’obligation de planter des arbres sur le bords des routes” imposée aux propriétaires riverains d’une route nationale. “L’obligation pour ces mêmes riverains de recevoir sur leurs terres soit le produit du curage des fossés, soit les eaux provenant de la route”.

Comment nier que la route ne retire de ces charges imposées au propriétés riveraines une utilité certaine ?

Servitudes de reculement

Elle naît de l’alignement, qui est l’indication faite par l’autorité administrative, relativement à tous les héritages joignant les routes, rues et chemins, de la ligne séparative de la voie publique et des propriétés riveraines. Elle emporte interdiction de faire aux constructions situées dans la partie retranchable tous travaux confortatifs de nature à en prolonger la durée, et permet à l’administration, le jour où elles viennent à être démolies ou à tomber de vétusté, de réunir à la voie publique le terrain sur lequel elles reposent.

On se demande comment, à propos de cette servitude on a pu dire que les servitudes de voirie n’avaient pas de fonds dominant. Il n’est aucun fonds parmi les servitudes civiles qui profite davantage d’une charge imposée à un autre fonds que la voie publique dans la servitude de reculement.

Servitudes pour la conservation ou la sûreté des chemins de fer.

Elles grèvent les propriétés avoisinant la voie ferrée sur les distances à observer pour les murs de clôture, pour les excavations, pour les dépôts de matériaux, etc...

Il existe encore d'autres servitudes administratives, mais l'examen de ces quelques-unes nous suffit pour donner une conclusion car pour toutes les autres un raisonnement identique nous permettra de voir le bénéfice retiré par le domaine public de la charge qui pèse sur la propriété privée. Toutes les fois que nous pourrons démontrer que les charges imposées à la propriété privée dans un but d'utilité générale servent l'intérêt public par *l'intermédiaire d'une dépendance domaniale, bénéficiaire* immédiate de la charge, nous affirmerons que nous sommes en présence de vraies servitudes.

Ainsi, pour nous résumer, nous avons soutenu, en accord parfait avec le Code Civil et la doctrine classique qu'il ne pouvait y avoir de vraies servitudes qu'autant qu'il existait un rapport entre deux fonds. D'autre part, nous avons démontré que le domaine public était susceptible "*juridiquement*" de jouer le rôle de fonds dominant. Effectivement, en passant en revue quelques servitudes administratives, nous avons vu que ce domaine public en retirait un bénéfice certain, bien que l'intérêt public qui en motive la création ait pu paraître à certains en absorber toute l'utilité.

Cependant il arrive que, pour certaines charges appelées par l'acte administratif qui leur a donné naissance "servitudes administratives", on cherche en vain une dépendance du domaine public bénéficiaire.

Cela s'explique par ce fait que l'Administration a tendance à étendre le domaine des servitudes administratives (nous comprendrons pourquoi lorsque nous examinerons le problème de l'indemnité) aux dépens des propriétés privées, des simples limitations à l'exercice du droit de propriété (1).

(1) CF. infra page 64. Parce que, en principe, les servitudes administratives ne donnent pas droit à indemnité.

Mais ceci étant réservé, rien n'empêche jusqu'à présent de voir, parmi les charges que nous venons d'étudier, de vraies servitudes, le rapport entre deux fonds existant.

Nous disons bien *jusqu'à présent*, car il reste à démontrer aussi que le fait qu'elles imposent parfois aux propriétaires une obligation positive ne doit pas leur faire refuser cette qualité.

C'est ce que nous allons étudier dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

De la règle

“Servitus in faciendo consistere nequit”

Pour les théoriciens qui ont enseigné le Code Civil au cours du XIX^{me} siècle, il ne peut y avoir servitude qu'autant que cette charge ne nécessite pas “une intervention personnelle”, une dépense d'activité de la part du propriétaire. Cela signifie qu'une personne ne peut être obligée, par le seul fait qu'elle est devenue propriétaire d'un immeuble, à certaines prestations, c'est-à-dire à faire certains actes dans l'intérêt du propriétaire du fonds voisin. Si le propriétaire antérieur a pu valablement s'engager à ces prestations, il n'a pu souscrire cet engagement pour les acquéreurs de son fonds. Cette soumission d'une personne au service d'une autre, disent-ils, est du domaine des obligations, lequel se caractérise par cette règle que l'obligation crée un rapport de droit essentiellement “temporaire”. Il n'est donc pas possible d'appeler servitude - dont la perpétuité est une des caractéristiques - une charge imposée à une personne (1).

(1) Colin et Capitant - Cours élém. Droit Civil Français; 1934 P. 862.

Le législateur de 1804, a précisément voulu interdire cette sorte de conventions qui auraient eu pour conséquence le retour d'un régime qu'il venait de détruire. En disant que la servitude ne peut être établie sur la personne, ni au profit de la personne, ont eu l'intention d'empêcher la réapparition, sous le couvert du nom de servitudes de ces droits féodaux, qui, attachés à la terre, étaient des charges pesant sur les tenanciers successifs des fonds assujettis, et profitant aux propriétaires successifs des seigneuries.

Les travaux préparatoires montrent clairement cette intention ; voici, par exemple, le texte d'un passage du discours que prononça devant le Corps législatif le Tribun GILLET : "Il ne saurait plus y avoir de servitudes mixtes
" ou personnelles comme celles dont les institutions féodales fourniraient le modèle, et c'est pour cela qu'on a dû
" prendre soin de supprimer cette voie par laquelle elles
" auraient pû se reproduire. Vous interdirez, législateurs,
" des stipulations qui ne sauraient plus avoir lieu sans blesser l'ordre public".

C'est pour cela que fut rédigé l'article 686 du Code Civil qui dit : «Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds».

Cet article est l'argument essentiel de ceux qui soutiennent qu'une servitude ne peut obliger le propriétaire du fonds grevé à un "facere".

Ils s'appuient accessoirement sur l'article 637, en interprétant à la lettre cet article. La servitude est une charge

imposée à un fonds. Un fonds, chose "*inanimée*", ne peut "*agir*". On ne peut donc concevoir une servitude "*in faciendo*".

Or il existe des servitudes administratives qui consistent indiscutablement "*in faciendo*", notamment les servitudes de voirie, (servitudes de plantation, d'essartement, d'alignement, etc...) Récemment encore le législateur a créé : - une servitude de balisage consistant en une obligation de faire à la charge des exploitants des lignes de transport d'énergie électrique ou de cables transporteurs aériens dans l'intérêt de la navigation aérienne (L. 4 Juil. 1935).

- des servitudes de visibilité dans l'intérêt de la circulation routière, pouvant comporter l'obligation de supprimer les murs de clôture ou de les remplacer par des grilles, de supprimer des plantations gênantes (Décret-loi 30 Octobre 1935).

C'est pourquoi les auteurs qui font de l'adage "*servitus in faciendo*", une caractéristique essentielle de la servitude sont amenés tout naturellement à nier que les servitudes administratives soient des servitudes "*à proprement parler*".

Nous allons essayer de démontrer que cette règle n'a pas un caractère tel qu'elle suffise à justifier cette position, car s'il n'est pas extraordinaire que le législateur oublie un principe juridique, il ne faut cependant pas le condamner sans un examen sérieux. S'il a parlé de servitudes à propos de charges pesant sur une personne, peut-être est-ce parce qu'il interprète différemment l'article 686. Il se peut aussi que ces servitudes, auxquelles on refuse le droit à cette appellation, n'imposent une obligation à la personne qu'en apparence, ou du moins que d'une façon indirecte. C'est ce que nous devons voir.

Article 686.

Tout d'abord, il importe de ne pas exagérer la portée de l'article 686. Pour en faire une juste application, il ne faut pas oublier les circonstances qui ont commandé à son élaboration. On se trouvait au lendemain d'un régime dont on voulait abolir jusqu'au souvenir. à tel point, que l'expression "servitude personnelle", employée jusque là et très commode pour désigner les droits d'usufruit, les droits d'usager et d'habitation, fût bannie de la nouvelle terminologie. A tel point aussi, que les rédacteurs du Code employèrent de préférence au vieux mot de "servitude" pourtant consacré par la tradition, l'expression nouvelle de services fonciers. Comme nous l'avons dit, cet article a pour fondement "un mobile politique". Le législateur craignait que la liberté des conventions en cette matière des servitudes ne fasse revivre les anciennes erreurs. Il a voulu simplement "prévenir un retour offensif de la Féodalité" (1). C'est pour ce but poursuivi par les rédacteurs du Code qui doit seul nous donner le sens et la mesure de l'article 686. Cette mesure est limitée rationnellement à interdire la soumission d'une personnalité humaine au service "perpétuel" d'une autre personne. Mais on ne doit pas donner à l'article 686 la valeur d'un principe général. Il ne dit pas "les servitudes ne pourront imposer à l'individu une obligation de faire". Plus simplement, plus spécialement il interdit aux particuliers, dans leurs conventions privées, d'établir des servitudes qui auraient pour conséquence un "facere" imposé à l'une des parties. Mais si le législateur, se défiant des "individus, a édicté cette restriction à la liber-

(1) Capitant, T. I. P. 862.

té des conventions", il n'a pu s'interdire à lui-même, législateur, au nom de cet intérêt public qu'il défendait en posant cette règle de créer de telles servitudes. Celles-ci ne sont dangereuses que parce que les parties contractantes ne sont guidées, dans l'établissement de leurs conventions, que par leurs intérêts personnels ; les intérêts en présence se heurtent et la partie la plus forte, la plus puissante impose souvent à l'autre des obligations excessives, et la pleine liberté des conventions est aussi une source d'injustice. En matière de servitudes, le puissant pourrait imposer au faible un service personnel. C'est ce que l'article 686 prétend interdire. Mais le législateur lorsqu'il crée une servitude ne vise qu'à l'équité. Aussi sa liberté ne doit-elle pas être limitée, et lui-même n'a pu se limiter. La meilleure preuve c'est qu'il a créé lui-même des servitudes dont la conséquence est de mettre à la charge d'un individu une obligation de faire. En effet, le Code Civil appelle servitudes, le bornage, l'obligation de céder la mitoyenneté et celle de contribuer aux frais de réparation et d'entretien du mur mitoyen.

Dire que ce ne sont pas des servitudes parce qu'elles consistent "in faciendo", c'est s'enfermer dans un cercle vicieux. Encore faudrait-il démontrer qu'une servitude ne peut consister "in faciendo". En tous cas, deux points sont certains : 1^o elles obligent le voisin à faire un acte. 2^o la loi dit, que ce sont des servitudes. La logique exige de conclure que la loi admet qu'une servitude puisse entraîner une obligation de faire. Ce qu'il faut simplement remarquer, c'est que le service constitutif de la servitude ne peut être imposé d'une manière directe et obligatoire à la personne prise en elle-même. Le rapport entre deux fonds doit être principal. Seule, son existence peut justifier le service que doit accomplir l'une des personnes comprises dans ce rap-

port. Que ce rapport vienne à cesser, que la personne obligée vienne à en sortir - en abandonnant son droit de propriété - elle n'est plus tenue à rien.

Sinon, il y aurait obligation personnelle et non servitude. L'obligation de faire est liée au fonds. C'est lui qui en est le véritable débiteur. Mais le fonds, chose inanimée ne peut lui-même accomplir une prestation. Et voici que se présente à nous la critique tirée de l'argument fondé sur l'article 637 ; un fonds, chose inanimée, ne peut agir donc on ne peut établir une charge "in faciendo".

Article 637

Nous l'avons vu, cet article définit la servitude "une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire". En interprétant cette définition à la lettre, certains ont dit ; puisque la servitude est imposée à un fonds, comment peut-on concevoir qu'elle puisse consister en un facéré ? Ce raisonnement, à première vue est d'une logique implacable. Mais ce fonds, incapable d'une action, n'existe pas sans être essentiellement susceptible d'agir. De même qu'il est absurde de croire que le fonds dominant joue le rôle de véritable sujet actif du droit, de même il est absurde de soutenir que le fonds servant est le véritable sujet passif. "Comment un fonds de terre est-il soumis au droit d'une personne ? Comme si le fonds possédait liberté de résistance capable d'être maîtrisée par le droit ! (1) En réalité, un fonds de terre, un immeuble ne peut être que l'objet d'un rapport de droit, et la charge qu'on prétend lui imposer, pèse sur une personne. Sans doute, cette personne est obligée à l'occasion du fonds, il n'en reste pas moins que c'est

(1) Michas,

elle qui exécutera la charge. Ainsi, de même que toute servitude profite à la personne, de même toute servitude pèse sur une personne *à l'occasion du fonds dont elle est propriétaire*. Et cependant, quoique pesant sur une personne et exécutée par elle, la servitude ne peut être une obligation de faire, comme nous l'avons déjà dit. S'il en était ainsi, elle serait temporaire, et elle ne serait pas transmissible à tout détenteur du fonds. Or la charge est tout à fait indépendante de la personne propriétaire. Celle-ci, tant au point de vue passif que du point de vue actif est tout à fait indifférente. La chose apparaît au premier plan, à raison de cette indifférence de la personne, et puis parce qu'en définitive, c'est la chose qui place la personne en situation de faire, de ne pas faire ou de souffrir. Ceux qui soutiennent qu'une servitude ne peut imposer un facere parce qu'une chose inanimée ne peut agir ne voient que la chose objet de la servitude. Mais si la prsonne est au second plan, elle n'en existe pas moins, et elle est bien capable, elle, d'accomplir l'acte que le bénéficiaire de la servitude a le droit d'exiger de tout propriétaire du fonds servant. L'argument tiré de l'article 637 n'est donc pas suffisant pour que nous refusions d'accepter une servitude in faciendo. En parlant de fonds débiteur ou de fonds bénéficiaire, on emploie une forme abrégée de langage. On pense aux propriétaires de ces fonds la preuve qu'une servitude peut comporter une obligation positive pour le propriétaire, nous la trouvons dans les articles 698 et 699 du Code Civil. Ils nous indiquent en effet que le propriétaire du fonds grevé peut être tenu de faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple entretenir le chemin en bon état. Que devient dans ces conditions la règle que le service ne doit pas être imposé à la personne. On dira : ce n'est qu'un accessoire de la servitude. Les auteurs qui, comme BAUDRY-LACANTINERIE et

CHAUVEAU (1) essayent ainsi de détacher la prestation de la servitude ne donnent pas une explication satisfaisante. Nous dirons avec M. RIPERT (2) "qu'importe que la prestation du service soit l'objet principal ou seulement l'accessoire du droit" ? Si le facere répugne au concept des servitudes, on n'aperçoit pas pourquoi un fait positif peut être admis, même par voie accessoire. Lorsque le législateur prétend interdire une chose, permet-il que soit employée une voie détournée pour arriver au même résultat ? Il se donne au contraire beaucoup de mal pour éviter que ses règles ne soient tournées. Mais alors comment expliquer le succès de la règle "servitus in faciendo consistere nequit" ? Pouvons-nous dire que les rédacteurs du Code Civil l'aient complètement écarté ? Non, certainement. Bien au contraire, ils en ont conservé le principe, car cette règle leur paraissait à juste titre d'ordre public. Qu'on s'imagine les résultats de la règle contraire : "Les servitudes peuvent consister en une obligation de faire. Tout ce que l'article 686 veut empêcher se produirait. Ce serait à nouveau le régime féodal, que les législateurs avaient en horreur. Cette vue nous permet justement de limiter les effets de cette règle. On ne peut nier que le législateur ait voulu écarter autant que l'intérêt public l'exige, les prestations positives attachées à un fonds. Nous savons dans quelles circonstances et dans quel but il l'a fait. Mais il n'a jamais dit qu'une servitude "in faciendo" était inconcevable. Les articles 698 et 699 montrent au contraire qu'il en concevait la possibilité, et il n'a pas commis une méprise en rangeant le bornage parmi les servitudes, car il n'avait pas posé en principe

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau N° 1131. P. 834.

(2) Ripert.

général qu'une servitude ne pourrait pas faire naître une obligation de faire. Il a seulement établi l'interdiction pour les conventions entre particuliers. Il était parfaitement d'accord avec BEAUMANOIR puisque celui-ci qualifie le bornage de servitude (Coutumes de BEAUVOISIS, chap. XXX, n^{os} 27 et 28.) Il s'est également trouvé de l'avis de DEMOLOMBE, qui a écrit "le bornage est une servitude parce qu'elle constitue de chaque coté activement et passivement un attribut réel de la propriété qui se transmet partout avec elle, et qui est bien la conséquence la plus immédiate de la situation des lieux.

C'est accepter que la servitude impose parfois indirectement à la personne qui se trouve en rapport de droit avec la chose une prestation positive.

La Jurisprudence

La jurisprudence a souvent accepté comme servitude une obligation de faire imposée à un propriétaire.

C'est ainsi que la Cour de Caen (1) a jugé que l'obligation de bâtir est une servitude.

De même le Tribunal de Gand (2) a décidé que la charge de bâtir imposée aux acquéreurs d'un terrain touchant une place publique est une "charge réelle" grevant les terrains vendus.

L'arrêt Mines de Graissessac déclare que le droit reconnu à perpétuité au profit d'une usine de s'alimenter de charbon à une usine voisine constitue une servitude, alors qu'il est déclaré dans l'acte de constitution que le concessionnaire de la mine sera tenu d'extraire et délivrer le charbon.

(1) D. P. 1887. 2.81 - Soc. Dunes de Cabourg.

(2) S. 1901. 1.169.

Nous devons reconnaître que de nombreux jugements ou arrêts ont annulé des conventions imposant des services personnels à titre de servitudes. Mais il convient de remarquer que ces décisions s'appuient uniquement sur l'article 686 qui, nous l'avons vu, ne pose pas un principe général, mais une règle imposée seulement aux conventions entre particuliers.

Conclusion

Nous concluerons donc que s'il est interdit aux particuliers de stipuler des servitudes entraînant une obligation positive - encore cette interdiction est-elle limitée par la possibilité de conventions des services personnels lorsque l'utilité et la conservation de la servitude l'exigent (art. 699) - il n'est pas dans la nature juridique des servitudes de ne pouvoir comporter une obligation de faire.

Il faut se méfier des adages que l'on trouve écrits partout, qui ne sont documentés dans aucun texte positif, et qu'on accepte trop facilement, sans les discuter, comme articles de foi, parce qu'en latin. En ce qui concerne spécialement l'adage "servitus in faciendo"... on ne saurait passer sous silence l'opinion récemment émise par BONFANTE que cette règle n'a de consistance ni pour le droit classique ni pour le droit de Justinien.

Aussi dirons-nous qu'on ne peut refuser aux servitudes administratives le caractère de véritables servitudes sous prétexte que certaines consistent "in faciendo". Nous n'émettons là aucune opinion révolutionnaire, puisque nous avons avec nous le Code Civil qui range sous le titre des servitudes de véritables obligations de faire. Ce que nous exigeons, c'est que le *facere* soit toujours lié à la propriété d'un immeuble.

Mais qu'on n'objecte plus à tous propos qu'il est regrettable de voir le propriétaire visé plus que le fonds ; si c'est à propos du fonds possédé par lui qu'il est gêné, cette gêne est dans la nature des choses ; "le fonds qui sert est inerte et indifférent, c'est en fait la série des propriétaires successifs qui subit le poids de la servitude" (1). Comme l'écrit Monsieur VIALLETON, n'ayons plus "la hantise des revenants pré-révolutionnaires". "Cessons de rechercher dans le jeu bien inoffensif des servitudes" les atteintes à la liberté ou à l'égalité des hommes". Donnons à ce brocard son importance réelle, appliquons-le lorsque le législateur l'exige expressément - c'est-à-dire seulement aux conventions entre particuliers - n'en faisons pas un principe général.

(1) M. Vialleton note sous Cass. 30 Juin 1936. S. 1937.1.161.

TITRE II

Assiette des servitudes administratives

Par définition (article 637 du Code civil) la servitude, droit réel porte sur les immeubles. Nous savons que la servitude administrative doit obéir à la même règle.

D'abord et sans aucune difficulté, la servitude administrative grève les immeubles des particuliers, de la même manière que la servitude civile. Mais il existe entre elles une différence importante. C'est que la servitude administrative, toujours établie par une loi ou un règlement, existe indépendamment de la volonté du propriétaire de l'immeuble grevé. Aussi, le fonds dotal, l'héritage appartenant à un mineur, à un interdit, en sont-ils grevés malgré l'inaliénabilité de fonds dotal, malgré l'incapacité de s'obliger du mineur ou de l'interdit.

Les biens du domaine privé de l'Etat, du département, de la commune répondent aux mêmes règles que les biens de propriété privée ils sont soumis aux mêmes charges que ces derniers.

C'est ainsi qu'il a été jugé que l'article 41, titre 2 de la loi du 28 septembre - 6 octobre 1791 qui permet de passer sur un champ riverain d'un chemin public, lorsque celui-ci est impraticable, s'applique également à des bois communaux (1).

En ce qui concerne les biens du département, il a été jugé par le Conseil d'Etat (2) que si le préfet a fait réparer un mur construit sur l'espace réservé par l'ordonnance de 1869 pour le marchepied, sans avoir obtenu le consentement de la Compagnie concessionnaire du canal sur les bords duquel se trouvait la propriété départementale, il a commis une contravention entraînant condamnation à l'amende et démolition.

Il n'y a jusqu'ici aucune difficulté concernant l'assiette des servitudes administratives. Mais il s'en présente une très sérieuse, très délicate et qui a donné lieu à de nombreuses controverses, lorsqu'il s'agit de charges pesant sur le domaine public.

Nous allons étudier particulièrement ce problème.

(1) Cass. 21 Nov. 1895.

(2) C. E. 23 Juillet 1841 - Lebas P. 404.

CHAPITRE I

Le domaine public peut-il être grevé d'une servitude ?

En vertu du principe d'inaliénabilité, il semble qu'aucun droit réel ne puisse être constitué sur ce domaine. Notamment la servitude, démembrement du droit de propriété, paraît, si l'on invoque ce principe, ne pouvoir le grever.

On invoque, en outre, en faveur de l'impossibilité de constitution d'une servitude sur le domaine public, que les dépendances de ce domaine doivent en toutes circonstances demeurer libres entre les mains de l'Administration, car leur destination qui est d'intérêt public, ne doit jamais être contrariée.

Ainsi AUBRY et RAU (1) soutiennent que les servitudes sont incompatibles avec le domaine public, et en écartent, d'une manière absolue, la possibilité.

(1) Traité de Droit Civil. 5. éd. T. 3. P. 46.

Plus généralement, AUCOC (1) dit formellement qu'aucun droit réel n'est possible sur ce domaine, signalent en particulier que les compagnies de chemins de fer n'ont, sur le sol du chemin qu'elles ont construit, aucun droit de propriété, ni même aucun droit "immobilier".

CAPITANT (2) écrit nettement que le domaine public ne peut être grevé d'aucune servitude, alors que les immeubles du domaine privé peuvent être grevés de servitudes comme ceux des particuliers.

En 1861, la Cour de Cassation, saisie de la question de savoir si la cession d'une concession de chemin de fer devait être frappée d'un droit de mutation immobilière ou d'un droit de mutation mobilière, se prononça pour cette seconde solution. Elle entendait par là que la compagnie n'avait aucun droit "immobilier" sur le domaine public. Cette position répondait à une conception restrictive du principe d'inaliénabilité du domaine public, conception que défendit M. BERTHELEMY, pour lequel l'inaliénabilité de ce domaine était absolue.

Cependant, de très bonne heure, à l'époque même où régnait souverainement la thèse de l'inaliénabilité stricte, la Cour de Cassation jugeait possible un droit réel sur le domaine public au profit d'un tiers "si la réserve de ce droit réel avait été acceptée par l'Etat lors de l'incorporation du terrain au domaine public" (3).

(1) Conférences sur le droit administratif.

(2) Colin et Capitant. Tr. élém. de droit civ. N° 688 ; Cependant ces auteurs critiquent la jurisprudence selon laquelle la faculté d'acquisition de la mitoyenneté ne s'applique pas aux murs constituant une dépendance du domaine public. Cette jurisprudence, selon eux, méconnaît le but de l'inaliénabilité du domaine public qui est seulement d'empêcher qu'un immeuble affecté à l'usage public puisse être détourné de sa destination. T. I. P. 805.

(3) Cass. 17. juil. 1849. S. 49. I. 695.

Il était également décidé, dans un jugement du Tribunal de MONTPELLIER, en date du 18 janvier 1865, confirmé par la Cour de Cassation, le 11 novembre 1867, que la servitude de passage pour cause d'enclave grève les fonds dépendant du domaine public. (1)

Nous sommes loin, déjà, de la stricte application du principe d'inaliénabilité.

Dans la doctrine, PARDESSUS (2) admet que la situation naturelle des lieux place parfois des biens du domaine public dans la dépendance de quelque fonds particuliers. Tel est le cas, écrit-il, où les premiers sont obligés de recevoir les eaux qui découlent d'un héritage supérieur".

LAURENT (3) dit "si le domaine public est placé hors du commerce, c'est qu'il est affecté à une destination qui est incompatible avec des droits réels que les particuliers y exerceraient. "En tant que cette incompatibilité n'existe pas, rien n'empêche que les biens du domaine public ne soient grevés d'une servitude". Ainsi, Laurent limite remarquablement la portée du principe.

COTELLE (4) après avoir exposé la théorie du domaine public inaliénable, indique que cette inaliénabilité souffre des exceptions. Les plus importantes sont les affectations domaniales que COTELLE distingue soigneusement des aliénations parce que toujours révocables, et ce qu'il appelle les servitudes légales et conventionnelles, établies sur le sol des routes.

(1) Cass. 11 Nov. 1867 S. 49.1.695.

(2) Pardessus. Traité des servitudes T.I. N° 42.

(3) Laurent. Principes du Droit Civil. T. 8. P. 118.

(4) Cotelle. C. de Drt adm. appliqué aux Trav. Publics.

Si de nombreux auteurs ont ainsi essayé de limiter la portée du principe de l'inaliénabilité du domaine public, c'est vraisemblablement parce que son application intransigeante et automatique n'allait pas sans une gêne sérieuse et parce qu'il ne s'adaptait pas aux réalités pratiques.

Aussi M. HAURIOU s'attaque-t-il avec décision à la théorie de M. BERTHELEMY sur l'inaliénabilité. Il soutient que la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public signifie simplement que ce domaine est soustrait au commerce "ordinaire" de la vie civile. Cette règle défend à l'administration d'aliéner ces biens suivant les procédés du droit civil, mais elle laisse subsister comme possible un commerce spécial régi par le droit public et administratif, soit entre les Etats souverains, soit entre des personnes morales administratives, soit enfin entre ces personnes morales et les particuliers.

Par l'effet de ce commerce spécial, la destination des dépendances du domaine public ne sera pas contrariée, car les droits qui y seront consentis *par des procédés de droit public* seront résolus dès qu'ils entreront en conflit avec cette destination ou avec l'intérêt public.

Le principe de l'inaliénabilité n'est pas atteint quant à son utilité, car, par la reconnaissance de ces droits, le domaine public n'est pas démembré ; il n'y a que les droits réels perpétuels ou non rachetables qui soient des démembrements de propriété (1).

Ceux qui ont soutenu l'idée que le domaine public ne fait pas l'objet d'un droit de propriété et se trouve dès lors

(1) Note de M. Hauriou S. 1913.3.81.

hors du commerce ne peuvent donner aucune explication de la constitution de "*concessions*" ou des *autorisations d'occupation temporaire*. Ils disent simplement que ce sont des tempéraments notables au principe d'inaliénabilité. Grâce à l'interprétation de M. HAURIOU, cela ne présente plus aucune difficulté. Si l'Administration peut faire sur les biens du domaine public des concessions, c'est que ces droits sont temporaires ou rachetables, et par suite ne vont pas à l'encontre du principe de l'inaliénabilité tel que nous le concevons.

En outre, ces mêmes auteurs qui ont nié la possibilité de constitution de droits réels sur le domaine public en invoquant ce principe, oublient simplement de considérer sa raison d'être. Ils n'ont certainement pas vu son caractère "*pratique*" qui justifie et nécessite, seul, son maintien. Il a été créé en vue de protéger le domaine public, en empêchant toute appropriation individuelle susceptible de "*gêner*" l'usage public. Il ne doit exister en définitive que pour l'intérêt général, et il doit s'assouplir lorsque ce même intérêt le commandera. Mais comment pourra-t-on pratiquement déterminer la sphère d'application de ce principe, et ses limites ? Ce ne peut être que par la considération de la destination à l'usage du public, du domaine public. En effet, ce domaine n'est insusceptible d'un droit exclusif et individuel que par suite de sa destination. En conséquence, toutes les fois qu'un droit réel n'est pas susceptible de faire obstacle à l'affectation du domaine public, on doit reconnaître la possibilité d'en grever ce dernier (1).

(1) Demolombe écrit : «Ce qui fait que le domaine public est insusceptible d'un droit exclusif de jouissance et individuel, c'est uniquement sa destination. En conséquence il faut reconnaître que le domaine public lui-même peut être l'objet d'un droit réel privé, en tant que ce droit ne fait obstacle à sa destination essentielle. (Cours Code Napoléon T.2, P. 192.

Cela aura évidemment lieu lorsque les droits réels consentis sur le domaine public seront essentiellement temporaires ou rachetables, puisque dès qu'ils gêneront son affectation, ou lorsque l'Administration voudra l'affecter à l'usage du public, ces droits seront résolus.

Examinons les décisions de la jurisprudence à propos de la constitution de ces droits. Nous pourrons ensuite en étudier la nature.

1^o. — Le riverain d'une voie publique a un droit de vue et d'accès auquel il ne peut être porté atteinte que moyennant indemnité. C'est une jurisprudence ancienne. Signalons seulement un arrêt récent, Dupuy 13 juillet 1929, du Conseil d'Etat, où nous voyons un propriétaire de garage obtenir réparation d'un préjudice que lui a causé la construction d'une deuxième voie de tramway destinée au stationnement d'une remorque.

2^o. — Le "permissionnaire" est protégé contre les tiers et même contre l'Administration. Il est fondé à réclamer une indemnité lorsque, par exemple, un tiers la trouble dans la jouissance de sa permission, ou à faire annuler une décision de retrait si ce retrait n'a d'autre objet que de favoriser un tiers service. Ainsi par un arrêt en date du 1^{er} décembre 1920, le Conseil d'Etat annule un retrait de permission sur une route nationale parce que ce retrait ne tend qu'à faciliter la construction d'une voie ferrée.

3^o. — Le "concessionnaire" occupe le domaine en vertu d'un contrat qui lui donne le droit de s'installer sur une voie publique.

a) si les dépendances qu'il occupe sont accessibles au public, il doit être indemnisé du préjudice que lui causeraient dans ses installations ou son exploitation, les services régis

ou concédés, par des travaux étrangers à l'aménagement proprement dit de ces dépendances. La compagnie des Tramways de Cette obtient réparation du préjudice causé par le déplacement de voies motivé par des travaux maritimes, grâce à un arrêt du 7 décembre 1928.

b) - si la dépendance occupée est entièrement affectée au service qu'il assure, le concessionnaire a, selon le Conseil d'Etat, un "*droit exclusif de jouissance*".

Il est évident que ces droits, consentis sur le domaine public par l'Administration, et sanctionnés par le Conseil d'Etat, laissent intact le principe d'inaliénabilité puisqu'ils ne gênent en rien, grâce à leur précarité, la destination du domaine. Les auteurs partisans de l'interprétation restrictive et absolue de ce principe n'en ont d'ailleurs jamais nié la possibilité. Nous avons vu qu'ils les présentent seulement comme des "exceptions" alors que dans la thèse HAURIOU ils n'apparaissent avec aucun caractère exceptionnel.

Mais disent-ils, il n'est pas possible de rattacher ces droits essentiellement précaires aux droits réels "*juris civili*" qui impliquent une situation fermement établie. Des droits malgré tout facilement *résolubles* ne peuvent être rangés dans la catégorie des droits réels qui sont, par définition, des droits *absolus* opposables à tous.

Il est facile de répondre à cette objection que, lorsque l'intérêt public est en jeu, la propriété privée et les droits réels qui la grèvent ne sont pas moins précaires. "Il est faux de dire que la perpétuité et l'irrévocabilité sont de l'essence du droit réel (1). Tout droit, aussi bien le droit privé que le droit

(1) Note de M. Hauriou au S. 1913-3-81 - Voir aussi note de M. Mestre S. 1912.1.369.

administratif, dépend des intérêts publics, et il est résolu lorsqu'il se trouve en opposition avec ces intérêts.

Encore faut-il suivre la procédure difficile de l'expropriation pour cause d'utilité publique lorsqu'il s'agit de résoudre un droit privé, objectera-t-on. C'est là, il faut le reconnaître, une garantie sérieuse du droit de propriété. Elle est assez forte pour qu'on ne puisse dire de ce droit qu'il est précaire. Cependant, si l'administration est généralement astreinte à suivre cette procédure pour résoudre à son profit le droit d'un particulier, il arrive parfois que des droits réels sont résolus sans qu'elle observe les règles de l'expropriation. Nous faisons allusion aux cas d'expropriation indirecte résultant par exemple des plans d'alignement, des décisions fixant la largeur des chemins vicinaux, de l'occupation temporaire en matière de mines prolongée au delà d'une année (loi du 27 Juillet 1880) etc... Sans s'être pliée aux règles de l'expropriation, l'Administration arrivera au même résultat, par une simple voie de fait (1).

C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de Cassation (2) qu'une parcelle de terrain, appartenant à un particulier, qui a été englobée dans un travail public sans que les formalités de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique aient été observées, est par là même incorporée au domaine public et cesse dès lors de constituer une propriété privée.

(1) Cass. fév. 1909 D. 1909.1249. Note Delauney - Hauriou, *Precis*, P. 174.

(2) Ch. Civile 10 janv. 1883. P. 83-1-462.

V^o. Req. 14 avril 1899-P. 99-1-445.

Req. 2 fév. 1909 D. 1909-1-249.

En outre la précarité des droits réels consentis sur le domaine public n'est pas telle que ces droits soient résolus sans aucunes formalités. Le retrait d'une concession par exemple, est soumise à des formes en l'absence desquelles la décision peut être annulée. Nous avons vu aussi quelle protection leur était assurée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Il semble bien que l'on ne peut invoquer la précarité pour leur refuser le caractère de réalité, puisque, nous venons de le voir, le droit de propriété lui-même n'est pas moins fragile en face de l'intérêt public.

Il est cependant indispensable de souligner que ces droits sont d'une nature particulière, du fait qu'ils n'appartiennent pas au droit civil mais au droit public. Ce sont des *droits réels de nature administrative*, parce que leurs modes de constitution sont des modes essentiellement administratifs, et parce que leur durée, leur existence, est liée à l'intérêt public, représenté par la notion d'affectation.

En définitive, nous admettons que des droits réels de nature administrative peuvent être établis sur le domaine public; or, les servitudes administratives sont essentiellement des droits réels de "nature administrative", puisque, nous l'avons vu, leur naissance est régie par des actes de puissance publique et leur existence liée à l'intérêt public. Nous devons nécessairement conclure qu'il peut exister de ces servitudes sur le domaine public.

Nous allons voir quelles sont, pratiquement, les servitudes administratives qui pèsent sur ce domaine.

CHAPITRE II

Les aisances de voirie.

Les aisances de voirie sont des droits que l'Administration reconnaît aux riverains de la voie publique sur cette voie. Les principaux de ces droits sont le droit de vue, le droit d'accès ou d'issue, le droit d'écoulement des eaux ;

LE DROIT DE VUE : Le propriétaire peut, en se conformant aux règlements de police, construire sur la limite qui sépare son fonds de la voie publique. Il peut, en construisant, établir des ouvertures donnant sur celle-ci. Les articles 676 et suivants du Code Civil ne s'appliquent pas dans cette hypothèse. Bien plus, la jurisprudence et la plupart des auteurs s'accordent pour admettre que des vues droites ou fenêtres d'aspect peuvent être ouvertes sur la voie publique lors même que cette voie aurait moins de six pieds de largeur et que, par suite, les ouvertures se trouveraient séparées de l'immeuble voisin par une distance moindre que la distance exigée en général pour les fenêtres de cette nature.

LE DROIT D'ACCES OU D'ISSUE : Une autre destination naturelle des voies publiques est de permettre l'accès

des habitations. Le droit d'accès est consacré par l'article 682 du Code Civil qui n'accorde au propriétaire dont le fonds est enclavé le droit de réclamer le passage sur le fonds voisin qu'autant qu'il n'y a aucune issue sur la voie publique.

LE DROIT D'ÉCOULEMENT DES EAUX : L'article 681 du Code Civil oblige tout propriétaire à établir les toits des maisons ou bâtiments qui lui appartiennent "de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son fonds ou sur la voie publique". Ce droit est donc absolu.

NATURE DE CES DROITS : C'est à propos de ces droits que s'est posé pratiquement le problème de la compatibilité des droits réels sur le domaine public avec le principe d'inaliénabilité. Après avoir examiné le problème dans sa généralité, il ne sera donc pas sans intérêt d'étudier la jurisprudence et la doctrine en ce qui concerne les aisances de voirie.

À l'origine, les aisances de voirie étaient considérées comme de véritables servitudes, semblables à celles du droit civil.

Ainsi, le 11 Février 1828, la Cour de Cassation établit que les terrains provenant d'une rue "demeurent grevés des servitudes de jour et l'issue dont les propriétaires étaient en possession".

La cour de Besançon, le 29 avril 1841 (1) juge "qu'un arrêté d'alignement donné par l'autorité administrative ne peut sans indemnité préalable, priver les propriétaires voisins des servitudes d'aspect ou autres.

(1) S. 1842-1-594.

La Cour de Cassation, le 27 mai 1851, déclare que "le riverain qui construit, conformément au plan d'alignement à lui délivré, sur une partie de terrain retranché de la voie publique, n'est pas tenu de respecter les servitudes de jour ou autres qui grevaient cette partie de la voie publique... La suppression de ces servitudes donnant lieu à l'indemnité, due par la commune qui procède à l'expropriation indirecte résultant de l'alignement" (1)... Jusque vers la moitié du siècle dernier, la jurisprudence donc considérait comme des servitudes les aisesances de voirie.

Dans la seconde moitié de ce siècle, sous l'influence d'AUBRY et RAU, elle se borne à parler de "droits sui génériss" (2). Sous l'influence aussi de la conception alors toute florissante du domaine public et du principe d'inaliénabilité considéré comme absolu, on répugnait à reconnaître sur ce domaine la constitution de tous droit réel. Pourtant la jurisprudence était obligée de décider que l'Administration ne pouvait porter atteinte aux droits des riverains que pour des fins supérieurs d'intérêts public, et en engageant des procédures régulières. Ces droits se résolvaient en indemnité (3).

Elle allait même jusqu'à avouer que les riverains jouissaient de leurs droits "à titre de droits réels et comme accessoirs du fonds à la desserte duquel la voie est affectée" (4).

(1) D. 1851-1-48. Enfin une tradition ininterrompue voit dans les aisesances de voirie des servitudes. Merlin écrit "il y à des servitudes naturelles auxquelles les lieux publics sont assujettis de plein droit. Tels sont les passages, les vues, l'écoulement des eaux sur les rues..."

(2) Cass. 5 Février 1879. 15 Juin 1895 - D. 95 - 1.506.

(3) Cass. 5 Février 1879.

(4) Cass. 15 Mai 1899.D. 1889.5.72.

Enfin elle accordait l'action possessoire. Nous savons que cette action ne peut appartenir qu'à un titulaire d'un droit réel. Et cependant la jurisprudence ne se décidait pas à parler de servitude.

Le principe de l'inaliénabilité du domaine public tel qu'on le concevait alors, sous l'influence de M. BERTHELEMY, l'interdisait.

Mais nous avons vu comment il concevait d'interpréter moins rigidement ce principe et comment cette nouvelle interprétation permettait sans difficultés d'accepter que le domaine public soit grevé de droits réels de nature administrative. Nous avons dit que la seule condition était qu'ils soient conformes à sa destination. Or, pour les aisances de voirie, bien loin que la destination des rues et des places s'opposent à leur constitution, c'est en cela précisément que cette destination consiste.

En adoptant la thèse des droits réels de nature administrative qui est celle de M. Hauriou et qui est défendue par M. MESTRE et M. ALIBERT (1) dans différentes notes rapportées au Sirey, et que M. RIGAUD a développé dans une thèse remarquable (2) on est conduit tout naturellement à reconnaître que les aisances de voirie sont des servitudes administratives. Elles ne diffèrent des servitudes civiles non dans la nature, mais simplement dans ce fait qu'elles dépendent du droit public. C'est le droit administratif qui commande leur naissance - quand un riverain manifeste par un acte la volonté de bénéficier de l'affectation de la voie à titre privatif :

(1) Mestre - Nota au S. 1911.2.209.

Alibert, note au S. 1930.3.1.

(2) Rigaud, Les droits réels administratifs, thèse, Toulouse 1912.

demande d'alignement ou de permission de bâtir - et leur extinction - déclassement qui provoque la disparition du fonds servant. Comme tous les droits réels administratifs, elles bénéficient, en plus des modes de protection ordinaires organisés par le droit civil, du contentieux, de l'annulation, de l'indemnité pour dommages résultant de travaux publics.

Cependant, la jurisprudence ne se résoud pas à appeler les aises de voirie des servitudes de même qu'elle répugne à reconnaître que des droits consentis sur le domaine public sont des droits réels. Outre qu'elle est malgré tout encore influencée par la théorie ancienne de l'inaliénabilité du domaine public, elle a encore été frappée par cette précarité apparente de l'occupant vis à vis de l'Administration.

la catégorie à laquelle se rattache ce droit et se borne à lui

Voilà pourquoi elle s'abstient d'indiquer franchement donner la qualification de "*droit sui généré*", tout en maintenant que l'occupant exerce vis-à-vis des tiers son droit d'usage sur le domaine à titre de "droit réel".

Mais la doctrine ne doit pas se contenter de cette figure douteuse d'un droit *sui généré*, recours suprême du juris consulte embarrassé, comme le dit si justement M. Rigaud.

Il faut rechercher quels sont les traits caractéristiques de ce droit. Les auteurs qui suivent la jurisprudence du Conseil d'Etat se sont rendus compte que la précarité de ces droits était très relative et limitée, même dans les rapports de l'Administration et du particulier. Le "droit exclusif de jouissance", quel Conseil d'Etat reconnaît au concessionnaire, est même dans une assez large mesure opposable à l'Administration elle-même, puisque tant que la concession n'est pas révoquer dans l'intérêt du service, le concessionnaire à un droit réel opposable à l'Administration.

De même, nous avons vu que les aisesances de voirie ne sont résolubles que pour des fins supérieures d'intérêt public. Nous savons aussi que le riverain bénéficie de l'action possessoire (1) qui n'appartient qu'aux titulaires de droits immobiliers.

Dans ces conditions, nous concluerons que les aisesances de voirie sont biens des droits réels de nature administrative, et plus précisément des servitudes administratives, puisque nous y voyons apparaître le rapport entre deux fonds, caractéristique de la servitude.

En conséquence le domaine public, susceptible d'être grevé des droits réels de nature administrative peut servir d'assiette à une servitude administrative au profit du fonds d'un propriétaire privé, et l'on conçoit de même que le domaine public des départements peut supporter une servitude au profit du domaine public de l'Etat. Dans la conception nouvelle du principe traditionnel de l'inaliénabilité, dont l'incidence est réduite aux droits réels irrévocables ou non rachetables, rien ne s'oppose plus à l'existence de servitudes administratives sur le domaine public. La jurisprudence cro-yons-nous, devra abandonner cette appellation équivoque de droit "sui générís" pour celle de droits administratifs.

(1) Voir S. 1911. 1.289. Note de M. ROUX

TITRE III

Problème de l'indemnité

CHAPITRE I

L'établissement des servitudes administratives donne-t-il lieu à indemnité ?

L'établissement d'une servitude, démembrement du droit de propriété, qu'elle soit de droit civil ou de droit public, porte un grave préjudice au titulaire de ce droit. Pour que soit sauvegardé le droit de propriété, il est nécessaire que l'individu atteint dans son bien, ait la possibilité d'obtenir la réparation du dommage qu'il a subi. Effectivement de nombreux textes particuliers accordent une indemnité aux particuliers à raison du préjudice causé par l'établissement de certaines servitudes administratives.

La loi du 28 Juillet 1885, relative à l'établissement d'appareils télégraphiques et téléphoniques sur les propriétés privées, reconnaît un droit à indemnité par suite des servitudes créées par cette loi.

La loi du 15 Juin 1906, sur les distributions d'énergie électrique dispose que, en dehors de toute dépossession, des indemnités peuvent être dues à raison des servitudes d'appui, de passage ou d'ébranchage.

Un décret-loi du 30 Octobre 1935 relatif aux servitudes d'appui, de passage, ou d'ébranchage.

Un décret-loi du 30 Octobre 1935, relatif aux servitudes à imposer aux propriétés pour l'établissement des terrains destinés en parties ou en totalité à l'armée de l'air, prévoit la réparation du préjudice permanent résultant pour la propriété des charges ci-dessus ?

Un décret-loi de la même date portant création de servitudes de visibilité sur les voies publiques, à la charge des propriétés à proximité des croisements, ouvre au profit des propriétaires, une indemnité compensatrice du dommage direct et matériel provenant de ces servitudes.

Cependant, à défaut de règle générale posant le principe de l'indemnité pour création des servitudes légales d'utilité publique, l'application de ces textes ne saurait être étendue à toute les servitudes administratives. En droit, on ne doit pas déduire du particulier au général : c'est plutôt une attitude contraire que l'on doit adopter. Lorsque les textes précisent, ou prévoient, des cas particuliers, c'est qu'il s'agit généralement d'exceptions à la règle.

Or, aucun texte n'accorde le principe de l'indemnité et les articles 537, 544, 552, 649 et 650 du Code civil qui consacrent l'existence des servitudes légales, ne mentionnent, ni même ne laissent supposer aucun droit à indemnité.

Bien au contraire, l'article 545, par le contraste qu'il forme avec l'article 544, est un argument contre ce principe.

car, tandis que cet article 545 stipule la nécessité d'une indemnité juste et préalable à propos des cas de *cession* de propriété, l'article 544 est lui absolument muet en ce qui concerne les *restrictions* au droit de propriété. Par un raisonnement *a contratio*, donc, on a pu dire que les servitudes administratives ne donnaient pas lieu à indemnité.

C'est d'ailleurs la solution adoptée par le Code pour les servitudes légales d'intérêt privé.

En outre, l'article 650 du Code civil dispose que tout ce qui concerne les servitudes d'utilité publique est déterminé par les lois et les règlements particuliers. Or, nulle part, ces lois et règlements n'accordent l'indemnité en règle générale. Par contre, dans la discussion de diverses lois particulières, le législateur a pu manifester sa volonté contre l'admission d'un tel principe, pour divers motifs. Ainsi, en 1819, le Gouvernement qui avait eu la pensée de faire une loi générale sur les servitudes administratives analogue à la loi sur les expropriations, dût abandonner son projet en raison des suites financières beaucoup trop lourdes que son adoption aurait entraîné.

C'est donc avec raison que nous avons refusé de déduire un principe général des quelques textes qui accordent l'indemnité. Il est plus rationnel de décider que ce sont des textes spéciaux à interprétation restrictive. En conséquence, ils ne sauraient être étendus, quand bien même les préjudices causés par des servitudes administratives dont les textes ne prévoient pas spécialement une indemnité seraient rigoureusement identiques aux dommages provoqués par des servitudes dont la loi les établissant a spécialement indiqué qu'elles donneraient lieu à réparation.

Telle était, du moins, la solution adoptée par la juris-

prudence au siècle dernier. Cette solution était d'ailleurs, dès cette époque, jugée inéquitable par certains auteurs, comme SERIGNY et GAND, qui proposèrent divers moyens d'arriver à plus de justice. Cependant, on ne peut, sous prétexte d'équité, torturer les textes et essayer de faire dire à la loi positive ce que, manifestent, elle ne dit pas. La seule compensation aux assujettissements que chaque propriétaire supporte consiste dans la réciprocité, c'est-à-dire dans les mêmes assujettissements auxquels sont soumises, en faveur de la société dont il est membre, toutes les autres propriétés.

Nous poserons donc en règle générale ;

Aucune indemnité n'est dûe dans le silence des lois ou règlements qui ont établi la servitude.

On peut prévoir cependant que la doctrine et la jurisprudence, gênées par l'injustice du principe, vont essayer de le plier à l'équité ; nous allons voir comment les auteurs et les tribunaux se sont efforcés d'assouplir la règle et dans quelle mesure ils y sont parvenus.

La Doctrine.

La doctrine est unanime pour accepter ce principe ou pour dire, en tout cas, qu'on ne peut en attribuer d'autre aux législateurs.

JOUSSELIN, (1) BARBIE (2) sont partisans de l'application stricte du principe de non-indemnisation, tel que nous l'avons formulé. Pour eux, comme pour DUCROCQ, les textes qui accordent l'indemnité sont d'interprétation restrictive, et non des applications d'un principe général. Si le

(1) Jouselin. Traité de servitudes d'utilité publique 1.494.

(2) Barbie. Droit public et administratif. VI. N° 89.

texte qui établit une servitude est muet sur la réparation du préjudice, il est inutile de chercher à côté un argument pour l'accorder.

On doit s'en tenir au texte spécial et bannir tous raisonnements par analogie. M. BERTHELEMY (1) apporte à cette conception rigoureuse tout le poids de son autorité.

Cependant, la rigueur du principe a poussé certains auteurs, soucieux de l'équité, à faire des distinctions parmi les servitudes administratives.

C'est ainsi que SERRIGNY veut qu'on distingue entre les "*servitudes positives*" qui obligent à souffrir l'exercice d'actes qui diminuent la jouissance du droit de propriété, et les servitudes purement "*négatives*", qui empêchent simplement le propriétaire d'avoir le libre usage de son fonds. Les servitudes de la première catégorie, que SERRIGNY considère comme les plus lourdes, devraient donner lieu à indemnité.

Malheureusement, cette distinction n'apporterait aucune justice, car il existe des servitudes "négatives" aussi onéreuses pour le grevé que les servitudes "positives". Citons par exemple, la servitude de reculement qui grève lourdement le propriétaire d'un immeuble riverain de la voie publique à la suite d'un arrêté d'alignement ; de même, la servitude militaire non adificandi, pesant sur les propriétaires de terrains qui avoisinent un ouvrage militaire. Il n'est donc pas possible de fonder sur la distinction prononcée par SERRIGNY une nouvelle théorie de l'indemnisation.

GAND (1) propose à son tour de distinguer entre les

(1) Gand. Expropriation. P. 59.

(2) Serrigny. Droit Public II. P. 462.

servitudes qui résultent d'une mesure générale et celle qui résultent d'une mesure particulière. Ces dernières donneraient un droit à indemnité parce que, par définition, elles sont supportées par un petit nombre de personnes. Mais la difficulté sera justement de définir quand il y aura mesure "*particulière*" ou mesure "*générale*". Pour qu'une mesure soit générale, faut-il qu'elle s'applique à tout le territoire national, ou à tout un département, ou à toute une commune ?

Sera-t-elle particulière lorsqu'elle grèvera toute une rue, ou une portion de rue, ou seulement lorsqu'elle pèsera sur une propriété déterminée ?

On s'aperçoit tout de suite quelle source de difficultés et de procès serait un tel critérium, s'il était adopté par le législateur pour l'attribution de l'indemnité. En conséquence, pas plus que celui de SERRIGNY, il ne peut être utilisé dans ce but.

On a pu aussi chercher à appliquer à ces atteintes graves au droit de propriété que sont les servitudes administratives les lois sur l'expropriation. Certes, comme l'expropriation pour cause d'utilité publique, les servitudes constituent un démembrement de la propriété. Parfois même, une servitude administrative aboutit à un expropriation indirecte. Il en est ainsi de la servitude de reculement, puisqu'une parcelle de l'immeuble soumis à cette servitude est destinée à être incorporée au domaine public. Mais peut-on, pour cette seule raison leur accorder le régime de l'expropriation ? Nous ne le pensons pas. Comme l'écrit LAFERRIERE (1) "une servitude n'est pas une expropriation, le propriétaire n'est pas expulsé de sa propriété ; il est simplement gêné dans la

(1) Lafférière,

faculté qu'il pouvait exercer ou ne pas exercer". La propriété continue d'exister dans les mains du propriétaire qui ne souffre que d'une privation plus ou moins complète de jouissance. Or, on sait que le critérium de l'expropriation, c'est le transfert de la pleine propriété de l'exproprié à l'expropriant.

Ainsi la doctrine n'a pas été capable de trouver un critérium qui, tout en servant l'équité, puisse se concilier avec les nécessités pratiques dont le législateur doit tenir compte, quel que soit son désir de justice.

Il serait étonnant que la jurisprudence, toujours soucieuse d'équité dans l'application des principes, n'ait pas essayé à son tour de résoudre cette difficulté. Nous allons donc l'examiner afin de voir si elle y est parvenue.

La Jurisprudence.

La jurisprudence, tout d'abord, s'en tient aux textes positifs et applique strictement le principe de non indemnisation qui en résulte par "a contrario". C'est ainsi qu'elle a décidé que, dans le silence de la loi spéciale créant une servitude administrative, sont irrecevables toutes demandes d'indemnité présentées par les propriétaires lésés à l'occasion de cette servitude.

La Cour de Cassation a jugé plusieurs fois (1) qu'aucune indemnité n'est due aux propriétaires de terrains grevés d'une servitude légale d'utilité publique qu'autant qu'elle est réservée par une disposition formelle.

Le Conseil d'Etat adopte également la même thèse, en déclarant dans l'affaire TREZEL: "Considérant que le dommage causé par l'établissement des servitudes ne rentre dans aucun des cas pour lesquels la loi ouvre aux propriétaires voisins des fortifications un droit à indemnité, qu'ainsi, en supposant même que les requérants eussent éprouvé par suite de l'exécution de ces travaux le préjudice qu'ils allèguent, il ne leur serait pas dû réparation par l'Etat" (2)!

Il a été encore jugé le 13 Février 1914, que l'interdiction prononcée par le préfet, en exécution de la loi du 20 Avril 1910 d'afficher dans une certaine zone autour d'un monument artistique, ne donne droit à aucune indemnité au profit des propriétaires qui louaient auparavant les murs pour la publicité.

(1) Cass. 27 Déc. 1869. D.P. 1870.1.419. - 8 Mai 1876 - S. 1876.1.339.

(2) C. E. 24 Juillet 1856. D. P. 1857. 3. 9.

Cette jurisprudence confirme donc nettement la conclusion que nous avons choisie après avoir examiné les textes positifs concernant les servitudes administratives, à savoir que les textes spéciaux accordant l'indemnité ne peuvent être étendus à d'autres opérations que celles qu'ils régissent, quelle que soit la similitude des préjudices subis.

En ce qui concerne l'application des règles de l'expropriation aux servitudes, la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens que la majorité des auteurs. C'est ainsi qu'il a été spécialement jugé par le Conseil d'Etat, dans la même affaire TREZEL déjà citée, que "les servitudes militaires, n'emportant pas dépossession d'aucune partie des immeubles qui en sont grevés, elles ne constituent pas une expropriation dans le sens de la loi du 3 Mai 1841 et de l'article 545 du code civil, que dès lors le sieur TREZEL n'est pas fondé à prétendre que ces servitudes ne pourraient lui être appliquées sans qu'une indemnité égale à la dépréciation subie par son immeuble lui eût été préalablement payée".

Ainsi, on ne pourrait appliquer les règles de l'expropriation que si le législateur avait décidé que seraient soumis à ces règles, outre le transfert de propriété elle-même, l'établissement au profit de l'Etat de servitudes administratives. Mais jamais cela n'a été dit, et il n'est d'autre solution que celle posée si clairement par le Conseil d'Etat dans l'affaire TREZEL, solution qui s'impose lorsque l'on a comparé la définition de l'expropriation, transfert du droit de propriété, avec la définition de la servitude simple trouble de jouissance.

Jusque là, nous le voyons, la jurisprudence n'a apporté aucun élément nouveau à la tentative faite par la doctrine

pour apporter l'équité au problème des servitudes administratives. Elle n'a en aucune façon satisfait à l'intérêt du propriétaire lésé par leur établissement. Mais les progrès de la théorie de la responsabilité de l'Etat, depuis le début de ce siècle, semblent entraîner la jurisprudence à moins de rigueur dans le principe de non-indemnisation. C'est que le Conseil d'Etat a été amené à reconnaître la responsabilité de l'Etat en absence de texte et de faute, par application de l'idée du risque social (1). La collectivité qui agit doit toute entière subir les risques de son acte. Il est inadmissible qu'une activité publique, même légale, cause un préjudice spécial, car ce serait faire supporter aux individus plus que leur part dans les charges publiques. Toute la collectivité profitant de l'activité de la puissance publique de la loi que celle-ci édicte, toute la collectivité doit également en payer les frais. Tout dommage spécial rompant cet équilibre nécessaire entre les charges, cette égalité de tous devant les charges, doit être réparé. Quand il y a d'une part dommage spécial et d'autre part silence absolu du texte ne doit-on pas présumer l'intention du législateur d'indemniser les victimes de la loi pour cette raison qu'il est supposé n'avoir point voulu faire une loi réactionnaire en contradiction avec les grands principes du droit et particulièrement avec le principe fondamental de l'égalité de tous devant les charges publiques ?

C'est là un raisonnement très séduisant, mais cela ne suffit pas. Tout dommage spécial doit être réparé. Nous sommes parfaitement de cet avis. Mais les servitudes administratives entraînent-elles un dommage spécial ? Nous en revenons à la proposition de GAND : nous avons vu ce

(1) C. E. 21 Mai 1920 - Colas. P. 532.

qu'elle vaut pratiquement. Ce n'est donc pas en vertu du fameux principe de l'égalité de tous devant les charges publiques que l'on peut corriger le principe de non indemnité pour les servitudes administratives grevant la propriété immobilière.

Cependant un arrêt récent (1) du Conseil d'Etat apporte "*pratiquement*" à la rigueur de ce principe un tempérament considérable, puisqu'il décide de donner une indemnité "à tous ceux qui subissent un dommage comparable par sa nature et sa gravité à ceux résultant des cas prévus par la loi".

C'est ouvrir bien largement le droit à indemnité, beaucoup plus largement que ne le veut jusqu'à présent le législateur. Mais le Conseil d'Etat est entraîné vers une telle position par la théorie de la responsabilité de l'Etat, qui est son œuvre.

Mais il ne faut pas aller plus loin et demander au législateur d'adopter franchement le principe de l'indemnité. On ne doit pas oublier que c'est toujours devant les suites financières de son admission qu'il s'est résigné à l'écarter ; il y a impossibilité pratique. Le Trésor ne serait jamais assez riche pour accorder des compensations pécuniaires à tous les particuliers lésés par les lois nouvelles. Il faut en outre penser aux dangers d'un tel principe, il arriverait que la lourde charge des indemnités qu'entraînerait sa décision fasse hésiter le législateur devant une mesure à prendre, ce serait une entrave à sa liberté d'action. Comme l'a écrit M. JOSEPH BARTHELEMY, le "Progrès deviendrait impossible, si à

(1) C. E. 17 Juin 1938, S. 1938.3.117.

chaque étape de sa marche, il devait payer un péage au privilégié qui profitait de sa situation antérieure”.

Il est donc nécessaire de conserver ce principe que les dommages causés à des particuliers par des mesures législatives ne leur ouvrent aucun droit à une indemnité. Le législateur peut seul apprécier d'après la nature et la gravité du dommages d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder une compensation. L'indemnité est l'expression de la modération avec laquelle un gouvernement humain doit toujours exercer ses pouvoirs. Il n'appartient pas aux Tribunaux d'apprécier s'il est équitable ou non d'accorder une indemnité dans tel ou tel cas particulier si le principe n'a pas été formulé par la loi. En l'absence de tout recours contre la loi ; en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité, ils ne peuvent que respecter sa volonté, qui, en cette matière est très nette : “pas d'indemnité sans texte”.

CHAPITRE II

Qui fixera l'indemnité ?

Il est intéressant de savoir qui fixera l'indemnité dans les cas où elle est accordée par la loi où le règlement. Une première opinion attribue la compétence au jury d'expropriation. Mais les lois du 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 Mai 1841 n'ont réellement introduit qu'une exception en confiant le règlement de l'indemnité au tribunal civil puis au jury, exception aux droits de l'administration, exception au principe de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires ; la compétence du jury étant exceptionnelle, est limitée strictement au cas d'accomplissement de toutes les formalités de la loi du 3 mai 1841. Il s'agit d'une juridiction exceptionnelle, constituée dans un cas déterminé ; elle ne peut être légalement saisie en dehors des cas prévus par le législateur. Donc, quand il n'y a pas expropriation, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut dire qu'une partie de l'héritage a cessé d'être la propriété de l'autre, il n'y a pas compétence du jury d'expropriation. Ainsi, il n'y aura pas expropriation pour les servitudes administratives, et, en conséquence, le règlement des indemnités dues éventuellement pour ces servitudes n'appartiendra pas au jury.

La compétence sera-t-elle administrative ?

Cela n'est pas encore démontré, car le jury d'expropriation n'a pas compétence pour fixer l'indemnité résultant d'une servitude administrative, à raison même du caractère "exceptionnel" de sa compétence, rien ne s'oppose à priori à ce que le tribunal civil puisse lui-même posséder ce pouvoir ; tout dépend de l'effet que l'on veut bien reconnaître à cette servitude, dépossession ou simple trouble de jouissance.

Nous savons, en effet et la jurisprudence l'a affirmé maintes fois (1) que les tribunaux judiciaires sont les gardiens naturels de la propriété privée. Les droits réels tels que l'usufruit, les "*servitudes*" étant des démembrements de la propriété, sont normalement de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, "même s'ils s'agissent entre l'Etat et les particuliers ; (2) "

Mais d'autre part, et ceci est également indiscutable, les tribunaux administratifs sont seuls compétents pour connaître, la réparation des préjudices causés par les actes de puissance publique, laquelle doit rester seule juge de l'exécution de ses mesures. Les servitudes administratives, naissant d'actes de cette nature, paraissent normalement appartenir aux juridictions de l'ordre administratif.

Le problème n'est donc pas simple, et il sera toujours difficile de savoir quelle autorité juridictionnelle sera compétente pour régler les rapports entre les propriétaires privés et l'administration, sur ce point particulier de l'indemnité due par suite de l'établissement d'une servitude administrative, dans les cas du moins, pour lesquels cette indemnité est due.

(1) Appleton. Traité du contentieux administratif, P. 162 et l.

(2) C. E. 5 Janvier. 1878. D. P. 78.3.95. - C. E. 11 Déc. 1905. D. P. 1905.3.28.

Comment la doctrine résoud-elle ce problème ? Voici ce qu'habituellement elle dit :

D'une façon générale, toutes les fois qu'un litige impliquera la reconnaissance ou la discussion d'un droit de propriété, toutes les fois qu'il tendra à réparer les conséquences de la privation d'un droit de propriété privée, imposée par l'Administration dans l'intérêt public, les tribunaux judiciaires seront compétents. Les tribunaux administratifs le seront pour connaître des dommages causés à la propriété et des demandes en indemnité qui en découlent toutes les fois que le dommage n'ira pas jusqu'à la dépossession entière et définitive (1).

On peut retrouver dans la jurisprudence une solution analogue (2).

Mais est-ce là vraiment une solution commode ? Peut-on en tirer un système pratique permettant de résoudre la question de compétence qui se pose à l'occasion de chaque litige mettant en jeu les intérêts opposés à l'Administration et de l'individu ? La preuve en est les nombreux conflits de juridiction qui se posent devant les tribunaux. Il n'est pas difficile d'en trouver la cause ; elle est dans ce fait que la doctrine, pas plus que la jurisprudence, n'a pas défini nettement ce que l'on pouvait ou devait entendre par *dépossession* et par *trouble de jouissance*. Grâce à une définition nette, on déterminerait immédiatement la juridiction compétente. Mais dans quel cas va-t-on dire qu'il y a dépossession ? Quel est le critérium qui permettra de déterminer avec suffisamment de précision que dans tel cas il y a une véritable dépossession,

(1) Appleton. Traité de contentieux administratif.

(2) Trib. des confl. 12 Nov. 1881. - D. P. 83.3.22.

et dans tel autre simple trouble de jouissance ? C'est ce que demande M. J. DEMONTES, avec une note écrite sous un arrêt de la cour de Madagascar, en date du 5 Février 1936 (1) en indiquant excellemment où se trouve la difficulté du problème de la compétence.

Examinons si la doctrine nous apporte la précision nécessaire pour la trancher.

M. HAURIOU nous dit : pour que les tribunaux judiciaires soient compétents, il faut qu'il y ait dépossession, *privation* complète de l'usage de la propriété (2).

APPLETON soutient que la compétence judiciaire n'existe que s'il y a véritable dépossession, *complète et définitive* du propriétaire, accompagnée d'une *annexion* de sa propriété au domaine de l'Administration. Pour cet auteur, ceci est à souligner, il est nécessaire qu'il y ait acquisition corrélative par l'Administration.

LAFERRIERE (3) expose une idée analogue.

SANLAVILLE (4) écrit : il faut que le propriétaire soit dépossédé de son immeuble en totalité ou en partie. S'il peut jouir encore, dans la partie atteinte, de son droit de propriété, il s'agit alors d'un simple dommage. Il faut d'autre part qu'il y ait prise de possession de la part de l'Administration, acquisition dans une mesure quelconque de la propriété au profit de l'Administration. Ainsi, des dommages portant atteinte à la propriété privée mais sans qu'il y ait incorporation de fait au domaine, seraient insuffisants pour donner

(1) Rapporté au Penant, août 1937. P. 217.

(2) Hauriou Jurisp. admin. T. I. P. 95.

(3) Laferrière T. 11 P. 155.

(4) Sanlaville. La propriété dans ses rapports avec l'admin.

droit à l'indemnité et pour attribuer la compétence à la juridiction civile.

Ainsi, tous ces auteurs se font de la possession une conception très étroite. Il ressort en effet de l'examen de ces diverses opinions qu'il doit y avoir, corrélativement au dommage, "prise de possession effective par l'Administration".

Cette thèse paraît bien être, cependant, celle de la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 novembre 1891 (1) qui attribue au tribunal administratif la connaissance d'un "préjudice... qui ne résulte pas de l'incorporation à la voie publique d'une partie quelconque du domaine des demandeurs..."

Cependant ainsi que le signale M. J. DEMONTES dans la même note, le Tribunal des Conflits présente une conception beaucoup moins étroite de la prise de possession, dans l'arrêt du 5 mai 1877 (2).

Dans cette affaire, le concessionnaire d'une mine se vit interdire l'exploitation dans la portion qui se trouvait sous une voie ferrée. Le tribunal des conflits a reconnu la compétence judiciaire, bien qu'on ne puisse dire qu'il y ait eu "appropriation matérielle" de la part de l'Etat.

Nous voyons donc que le Tribunal des Conflits n'exige pas cette prise de possession effective par l'Administration, qui limite singulièrement la compétence des tribunaux judiciaires.

Le Conseil d'Etat, jurisprudence administrative, pourtant se montre aussi largement favorable à la compétence des tribunaux de droit commun, dans une affaire où l'Adminis-

(1) D.P. 1880.1.308. ~

(2) Lebon P. 844.

tration avait fait raser la partie supérieure d'une maison pour faciliter la manœuvre d'un pont tournant (1).

Il convient donc de rechercher une définition de la dépossession conforme à cette jurisprudence. Celle que propose M. DEMONTES nous paraît s'adapter parfaitement à la conception de ces deux juridictions suprêmes. Il y a dépossession, dit-il, "lorsqu'il y a prise de possession entraînant disparition d'un bien, d'un droit ou d'une faculté dans un patrimoine privé". Il ne peut s'agir, ici bien entendu, que d'un bien ou d'un droit immobilier, ou d'une faculté se rapportant à l'exercice d'un droit immobilier.

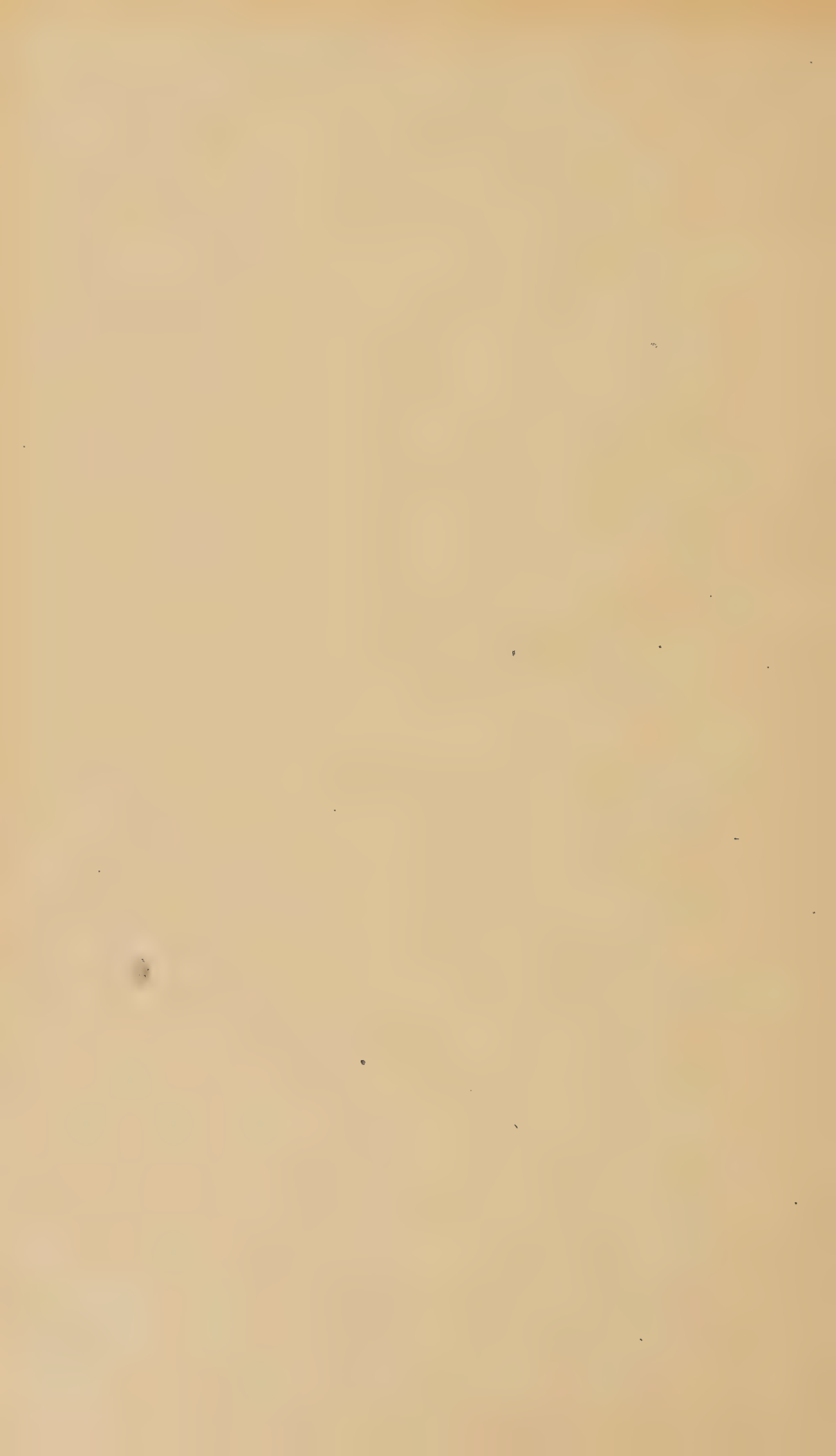
Ainsi, en se rapportant à cette définition, il sera généralement assez facile de déterminer devant quelle juridiction porter le litige né d'un acte administratif établissant la servitude, litige portant sur l'indemnité. Le principe, admis par tous les auteurs, que les tribunaux administratifs ont seuls la compétence pour connaître la réparation d'un préjudice causé par un acte administratif, est donc considérablement réduit dans son application. Mais c'est le résultat de la jurisprudence du Conseil d'état lui même. Il est donc difficile d'en décider autrement, en prétendant étendre malgré lui sa propre compétence.

Il importe cependant de ne jamais perdre de vue que l'autorité judiciaire devra surseoir à statuer dans le cas où une question préjudicielle s'élèverait soit sur la régularité, soit sur l'interprétation d'un acte administratif. Voici un exemple jurisprudentiel qui éclairera la question, si tant est qu'elle ait besoin d'être éclairée.

(1) C.E. 20 Déc. 1860. Rec. P. 824.

Une demande en dommages intérêts a été intentée contre une ville, à raison de ce que la municipalité prétendait faire des travaux confortatifs à une maison prétendue à tort soumise à une servitude de reculement. Cette demande a donc pour objet la réparation d'une atteinte portée au droit de propriété. Par suite, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître. Mais l'autorité judiciaire doit décider qu'il y a lieu à sursis jusqu'à la solution par la juridiction administrative de la question préjudicielle de savoir si l'interdiction des travaux confortatifs par la municipalité a été entachée d'irrégularité (1). Il faut bien remarquer que le tribunal civil ne peut se déclarer incompétent pour le tout, il doit simplement surseoir à statuer jusqu'à solution de la question qu'il ne lui appartient pas de connaître, la régularité d'un acte administratif.

(1) Cass. 28 Janv. 1902 - S.1903 - 1.10,



Conclusion.

De la définition que nous avons donnée de la possession ne pouvons-nous tirer un moyen de résoudre le problème de l'indemnité ?

Il suffirait de décider que dans tous les cas où la servitude administrative entraîne une telle dépossession, le préjudice subi devra être indemnisé.

Si le législateur en décidait ainsi, les difficultés qui se posent à propos de la compétence ne se présenteraient pas. Les tribunaux administratifs seraient compétents pour toutes les difficultés concernant les servitudes administratives, et ainsi on ne ferait pas dépendre "une attribution de compétence de l'appréciation plus ou moins arbitraire d'une atteinte portée à l'exercice d'un droit."

Cette décision serait en outre équitable, puisque les propriétaires les plus gravement atteints dans l'exercice de leur droit seraient indemnisés. Elle répondrait aussi, pensons-nous, aux légitimes préoccupations financières du législateur en limitant les cas où l'indemnité serait due.

L'arrêt du Tribunal des Conflits (1) en date du 5 mai 1877 ne peut être opposé à notre manière de voir. En attri-

(1) M. J. DEMONTES, note citée.

buant compétence à la juridiction civile, le Tribunal des Conflits était guidé consciemment ou non, par l'idée d'équité, que l'attribution à la juridiction administrative n'aurait pas satisfait. Il s'agissait pourtant d'une véritable servitude, interdiction de fouilles dans l'intérêt de la voie ferrée. A notre avis, si, à cette époque, la loi avait accordé indemnité pour tous les cas où les servitudes aboutit à priver pratiquement le propriétaire de l'exercice total de son droit, le Tribunal des Conflits aurait décidé autrement.

Mais, tant que la loi n'aura pas fait cette distinction entre les servitudes administratives, nous devons reconnaître aux tribunaux le droit de la faire eux-mêmes, puisque leur jurisprudence est ainsi arrivée à ce qui doit être en définitive la préoccupation des juristes : l'équité.

TITRE IV

Nature des servitudes administratives.

Nous avons dit qu'il y a servitude seulement s'il y a rapport entre deux fonds, et en particulier seulement s'il existe un fonds dominant au profit duquel le droit est établi.

Nous ne rangerons donc parmi les servitudes administratives que les charges établies en vue d'un intérêt public et imposées à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds. Cette dernière proposition montre que nous faisons une distinction entre les vraies servitudes administratives et les simples restrictions au droit de propriété.

Cette distinction a une grande importance pratique, puisque nous l'avons vu en traitant du problème de l'indemnité, les servitudes administratives n'entraînent en principe aucun droit à réparation au profit du propriétaire dont la propriété se trouve grevée, tandis que les restrictions au droit de propriété doivent normalement être indemnisées.

Mais, quel sera le critérium de cette distinction ?

C'est un problème analogue à celui du critérium de la dépossession dont nous avons pu apprécier la difficulté. Ainsi lorsque MM. AUBRY et RAU traitent en deux chapitres "Les servitudes légales" et les "simples limitations apportées à l'exercice du droit de propriété dans un intérêt public". Sur quoi s'appuient-ils pour faire cette distinction?

Nous avons pu déclarer dans un chapitre précédent que toutes les fois qu'il est possible de démontrer que les charges imposées à la propriété privée dans un but d'utilité générale servent l'intérêt public par l'intermédiaire d'une dépendance domaniale, bénéficiaire immédiate de la charge, nous nous trouvons en présence de vraies servitudes administratives.

Mais nous devons malheureusement avouer que cette affirmation ne peut résoudre le problème, puisque justement en présence d'une même charge pesant sur une propriété, certains nous diront ; "il est évident qu'elle bénéficie au domaine public", tandis que d'autres affirmeront : "elle n'est établie qu'en vue de l'intérêt public et elle ne profite à aucune propriété."

Prenons un exemple. La promenade du Peyrou, à Montpellier, jouit d'une servitude d'esthétique grevant les maisons avoisinantes afin de préserver la vue magnifique que l'on a sur les Cévennes.

Bien que l'exemple, ainsi présenté, laisse nettement apparaître le rapport entre deux fonds, beaucoup nous diront : cette servitude d'esthétique n'est pas une vraie servitude parce que la promenade du Peyrou ne retire réellement aucun profit de la charge pesant sur les immeubles voisins. Seul le public en est bénéficiaire. Ceux qui, comme nous, soutiennent que la servitude d'esthétique est une servitude vérita-

ble, pourront répondre qu'il y a certainement un intérêt, non seulement artistique, mais aussi économique à conserver la vue qui s'offre ainsi du Peyrou, car de sa suppression la ville de Montpellier perdrait beaucoup de sa valeur touristique.

Nous pouvons donc nous rendre compte combien le problème est délicat. Il y a bien des cas pour lesquels il n'est pas possible de contester que le domaine public joue le rôle de fonds dominant, par exemple pour la servitude d'essartement, la servitude défensive. Il est évident que nous sommes alors en présence de vraies servitudes. Mais parfois l'intérêt retiré par le domaine public de la charge qui pèse sur la propriété apparaît bien lointain, à tel point que nous comprenons que certains esprits rigoristes aient pu alors soutenir qu'il n'y avait là que restrictions à l'exercice du droit de propriété. Citons la servitude aérienne qui étend ses effets si loin du terrain d'aviation (balisage) qu'il paraît à certains difficile d'admettre que ce dernier est fonds dominant. Il faut donc trouver un critérium qui marque nettement, sans qu'il puisse y avoir contestation, la ligne à partir de laquelle aucun profit tant indirect que direct est apporté au domaine public. Ainsi seraient distinguées définitivement des vraies servitudes administratives les simples restrictions au droit de propriété. Ce critérium à rechercher impose une théorie complète et absolument unique du droit de propriété immobilière. Mais est-il bien certain que la notion de propriété soit la même en droit privé et en droit public ? Nous ne faisons que poser la question, car à l'heure actuelle, la réponse est difficile à donner. Par suite, le critérium qui nous permettrait de distinguer les vraies servitudes administratives des simples restrictions à l'exercice du droit de propriété est

impossible à trouver actuellement. C'est donc à la jurisprudence à trancher dans chaque cas particulier. Ne vaut-il pas mieux d'ailleurs laisser sans résultat cette recherche ? Nous ne sommes pas loin de le penser, car la jurisprudence, grâce à cette incertitude qui lui donne un large pouvoir d'appréciation, peut arriver à corriger les conséquences parfois injustes du principe de non-indemnisation des servitudes légales d'intérêt public. Cependant il ne faut pas se dissimuler qu'une telle liberté d'appréciation rend les tribunaux si libres de décider arbitrairement qu'une divergence marquée entre les jurisprudences des juridictions administratives et des juridictions judiciaires s'établira lorsque les tribunaux seront saisis séparément de questions semblables. C'est là un danger certain.

Ce point étant admis à savoir qu'il importe de distinguer servitudes administratives et restrictions au droit de propriété nous devons essayer de donner de ces servitudes une définition.

La servitude est un droit réel.

Le caractère essentiel de la servitude administrative, comme celui de la servitude de droit civil, c'est la "réalité" : C'est un droit réel, c'est-à-dire qu'elle n'établit de rapport qu'entre des immeubles. A ce point de vue, on peut même dire qu'elle possède doublement le caractère de réalité.

Le droit de suite étant une conséquence de la réalité de la servitude, celle-ci est transmise, activement et passivement, à tout acquéreur du fonds dominant ou du fonds servant.

Lorsqu'une propriété privée, grevée par exemple d'une servitude militaire, passe à un nouvel acquéreur, la servitude

n'en continue pas moins d'exister. Cela ne présente aucune difficulté et ne mérite aucun développement. Mais lorsqu'une dépendance du domaine public devient propriété privée, qu'advient-il de la servitude administrative qui la grevait ? Notre conception des servitudes administratives nous commande de dire que les acquéreurs de la dépendance du domaine public grevée d'une telle servitude ne verront pas leurs fonds libérés de cette charge. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée dans ce sens, à propos des servitudes de vue, d'accès ou d'issue sur la voie publique. Ainsi, il a été jugé que "en cas d'aliénation par une ville du sol d'une rue qui a cessé de servir à la circulation, les riverains sont fondés à s'opposer à ce que l'acquéreur élève sur le sol des constructions nuisant aux vues et aux jours dont ils jouissaient sur la rue" (1).

La Cour de Cassation a donné une solution identique en ce qui concernait une parcelle retranchée de la voie publique par arrêté d'alignement. (2)

Mais quel sera le sort d'une servitude administrative grevant une propriété privée au profit du domaine public lorsque ce dernier est déclassé ? On doit décider qu'en principe la servitude s'éteint. En effet les servitudes administratives sont des charges exorbitantes du droit commun, et elles appartiennent au droit public. Dès que le domaine public est désaffecté, nous n'avons plus que des rapports de droit commun. On ne peut concevoir qu'alors des charges exorbitantes du droit commun continuent d'exister. En outre ces servitudes ne naissent, et ne peuvent donc subsister, qu'avec l'intérêt public. Si le domaine public est désaffecté, c'est parce

(1) Orléans. 30 Juillet 1861.

(2) Cassation. 23 Novembre 1868.S.69.1.175.

que l'intérêt public qui motivait les servitudes établies à son profit n'est plus. Il est donc normal qu'elles disparaissent. Mais alors, si malgré le déclassement cet intérêt public subsistait ? S'il est naturel de penser qu'elles s'effacent en même temps que l'intérêt qui les justifiait parce que le législateur en les créant n'a eu pour but que de servir l'utilité publique, il est aussi normal de décider que les servitudes en faveur du domaine public subsisteront si l'intérêt public le commande encore, bien que ce domaine soit déclassé. Le déclassement ne peut équivaloir à la disparition du fonds dominant. Ce dernier existe encore. Ce qui est changé c'est simplement la nature du rapport de droit. Il appartient alors **au droit privé** et nous sommes en présence d'une servitude civile (1). Il convient de donner un exemple pour illustrer notre raisonnement.

Une servitude aérienne existe au profit d'un terrain d'aviation militaire sur les terrains avoisinants. Ce terrain devient propriété d'une société privée de navigation. Les servitudes, certainement, ne doivent pas disparaître, c'est une application simple de ce que nous venons de dire, aussi n'avons-nous pas besoin de la commenter spécialement.

a) Contenu de ce droit.

La servitude administrative donne le droit d'user du fonds d'autrui, d'en interdire quelque usage au propriétaire ou d'obliger celui-ci à faire quelque chose dans l'intérêt du fonds dominant. Ce dernier pouvoir, nous avons vu qu'il

(1) Comparer avec la servitude naissant par destination de père de famille, en droit civil.

était très discuté. Nous avons démontré que c'était pourtant la solution du Code Civil.

b) Servitude et obligation.

Mais alors, comment distinguer la servitude administrative de l'obligation personnelle, lorsqu'elle a pour conséquence d'obliger le propriétaire du fonds servant à faire quelque chose.

Il suffira de considérer si le droit a été stipulé en faveur de la personne abstraite du propriétaire du fonds dominant, ou bien au profit de la personnalité concrète de telle ou telle personne qui se trouve par hasard, au moment de la convention, propriétaire du fonds. C'est ce que propose M. RIPERT pour les servitudes civiles "in faciendo" (1). Nous pouvons distinguer d'une façon analogue les servitudes administratives des simples obligations. Cependant, comme les servitudes sont généralement des charges pesant sur la propriété privée, c'est la personne propriétaire de cette propriété qu'il conviendra d'examiner. On étudiera si l'obligation qui pèse sur lui est ou n'est pas en considération de sa personnalité. Il n'y aura servitude que si elle suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe (2). Il n'y a pas servitude, par exemple, en ce qui concerne la législation relative aux ateliers dangereux, et insalubres, ou incommodes parce que l'obligation est imposée à la personne concrète du propriétaire, ce propriétaire même qui veut exploiter son fonds

(1) G. RIPERT.

(2) Cass. 11 Mai 1908. D. P. 1908-1-365. "Sous cette réserve que le propriétaire du fonds servant peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujéti, ce qu'il n'aurait pas le droit de faire s'il était engagé par un lien d'obligation ordinaire".

de telle façon. "Cette obligation ne subsistera pas si le propriétaire vient à changer, et si le nouveau abandonne les projets de son vendeur. C'est donc qu'elle n'est pas attachée à l'immeuble, et par suite qu'elle n'est pas un droit réel et spécialement une servitude administrative.

Une conséquence intéressante du caractère de droit réel de la servitude administrative est que le propriétaire actuel poursuivi par exemple pour une contravention de voirie ne peut répondre en soutenant que l'auteur de la construction est un précédent propriétaire. Il est cependant responsable quant à l'amende.

Elle est une charge imposée à certains fonds pour l'avantage d'autres fonds.

Il ne suffirait pas de dire que la servitude administrative est un droit réel. Elle ne serait pas définie avec suffisamment de précision. Elle ne serait pas distinguée de l'hypothèque qui est aussi un droit réel, mais accessoires d'une dette essentiellement mobilière. Le droit d'usufruit portant sur un immeuble est aussi un droit réel, mais il n'est pas établi en faveur d'un immeuble ou même à l'occasion d'un droit de propriété. Le titulaire en est une personne quelconque qui n'a besoin d'aucune propriété pour en jouir. Or nous avons admis qu'il n'y avait pas de servitudes sans un rapport entre deux fonds. En définissant la servitude administrative, il est donc indispensable de faire apparaître cette caractéristique.

“Imposée à certains fonds”.

Ce peut être à des immeubles privés. C'est le cas normal. Il ne présente aucune difficulté. Ce sont par exemple des servitudes militaires, les servitudes de reculement, les servitudes d'essartement, etc...

Ce peut être des immeubles privés de l'Etat, des départements, des communes. Les mêmes règles s'appliquent qu'il s'agisse du domaine privé de ces personnes morales ou de la propriété des particuliers.

Enfin, il peut s'agir des dépendances du domaine public de ces mêmes personnes morales. Ici un problème se pose : comment concilier le principe d'inaliénabilité du domaine public avec la constitution sur ce domaine des servitudes, qui sont des démembrements de propriété. Nous avons étudié ce problème, dans le titre : Assiette de la Servitude.

“Pour l'avantage d'autres fonds”.

écrivons-nous encore, c'est une condition essentielle, avons-nous dit, pour qu'il y ait servitude. Ces fonds bénéficiaires peuvent être des immeubles privés. Dans ce cas le fonds servant est le domaine public. Nous avons déjà fait allusion au problème que cela soulève.

Mais en général c'est le domaine public qui est le bénéficiaire de la servitude administrative. Le fonds dominant, c'est par exemple, la voie publique, le fort, le fleuve, etc... et le fonds servant c'est la propriété privée. Il peut se faire cependant que ce soit aussi le domaine public, sans qu'il y ait aucune entorse à la règle. “Neminem res sua servit”, car il ne faut pas oublier qu'il y a plusieurs domaines publics. Ainsi,

des propriétés administratives peuvent être grevées les unes envers les autres (1). C'est, par exemple, une ligne de chemin de fer d'intérêt général qui croise une route départementale. Le département doit respecter l'établissement créé par l'Etat.

En résumé, il peut y avoir :

1°. — Des servitudes administratives sur les dépendances du domaine public appartenant à une administration différente ; elles sont constituées par la loi, par des ententes entre administrations, par des emprises quand l'administration de l'Etat poursuit sur le domaine d'une administration locale l'exécution de travaux qui n'entraînent pas dépossession définitive.

2°. — Des servitudes sur le domaine public au profit d'une propriété privée.

3°. — Des servitudes administratives sur les propriétés privées. Ces dernières sont de beaucoup les plus nombreuses.

Elle est établie dans un but d'utilité publique.

Le législateur, en créant les servitudes administratives a toujours en vue l'utilité publique.

Il a pour but de servir l'intérêt de la défense nationale, de la santé publique, de la sécurité publique, de la richesse nationale, etc...

On comprend facilement que ces servitudes diffèrent des servitudes du droit civil puisque ces dernières visent à protéger des intérêts privés. Il y a donc entre elles la même différence qui existe entre le Droit Public et le Droit Privé.

(1) MAYER. P. 279.

Les rapports de droit qu'elles mettent en jeu n'ont pas la même importance. Aussi la naissance, la protection, la mort de ces droits seront-ils régies différemment.

De ce que les servitudes administratives sont des règles imposées par le droit public, découlent en particulier les conséquences suivantes :

1°. — On ne pourra y déroger par des conventions privées. Toute stipulation qui leur serait contraire, toute renonciation, seraient radicalement nulles (1).

La difficulté pourra consister à distinguer les assujettissements qui ont réellement pour cause l'utilité publique de ceux qui n'ont pour cause que l'utilité privée. On examinera si la loi qui ordonne ou défend quelque chose se lie à l'intérêt public ou seulement vise à protéger l'intérêt particulier. Dans le premier cas, il n'est pas permis d'y déroger; dans le second, ceux pour qui la loi a été établie peuvent normalement renoncer au bénéfice qu'elle a introduit en leur faveur.

2°. — A l'égard des servitudes qui concernent exclusivement l'ordre public, les poursuites à fin de répression, sont confiées aux fonctionnaires qui sont chargés de maintenir ou de protéger cet ordre. Les particuliers ne peuvent intenter ces actions. Ils sont sans droit et sans qualité à cet effet. Cependant nous avons vu que le riverain intéressé a le droit de se porter partie civile ou d'user du droit de citation directe pour contravention de voirie.

3°. — La prescription ne peut atteindre les servitudes administratives, car, là où le consentement ne peut opérer, la

(1) Cass. 26 Mars 1847. Mortemert.

prescription, qui est fondée sur la supposition du consentement ne saurait avoir aucune force.

Il ne faudrait cependant pas croire qu'elles sont plus durables que les servitudes civiles. En droit civil, comme tout droit réel accessoire, les servitudes participent aux caractères du droit principal, elles sont perpétuelles en ce sens qu'elles durent indéfiniment au profit des propriétaires du fonds dominant et tant que subsiste le fonds servant. Les servitudes administratives, quoique non susceptibles de s'éteindre par le non usage, sont pratiquement beaucoup plus fragiles, car, alors que les servitudes civiles ne peuvent disparaître que par l'accord des deux parties en présence, il suffit d'une décision unilatérale de la puissance publique pour annuler une servitude administrative. Cela se produira par déclassement ou désaffectation. Il en sera de même lorsque la servitude devient incompatible avec l'affectation primordiale de la chose.

Nous voyons en résumé que servitudes administratives et servitudes civiles sont des droits de même nature. La seule différence, c'est qu'aux servitudes administratives s'attache *"toujours"* l'intérêt public. C'est ce qui leur donne leur caractère particulier et leur confrère une précarité relative en ce qu'elles sont résolues dès qu'elles entrent en conflit avec l'intérêt public. C'est enfin ce caractère particulier qui les fait entrer dans la catégorie des droits réels *"administratifs"*. Aussi il ne faut pas oublier de le faire apparaître dans la définition

Nous dirons donc que *"les servitudes administratives sont des droits réels administratifs établis au profit d'un fonds immobilier et imposés à un autre fonds dans un but d'utilité publique"*.

A. — Notion d'intérêt public et servitudes administratives.

REMARQUES :

Cette notion d'intérêt public que nous faisons entrer dans la définition de la servitude administrative est tellement importante que certains auteurs n'hésitent pas à définir uniquement par elle ce genre de servitude. Ils disent que la servitude administrative est une charge imposée à la propriété foncière dans l'intérêt public. Mais pour si important que soit l'intérêt public, il ne doit pas faire oublier la nécessité du fonds dominant. Pourtant M. VIALLETON a écrit dans une note au Sirey (1), que "les aisances de voirie sont des mesures de police plutôt que des relations entre deux immeubles, et elles voient disparaître la notion de fonds dominant pour faire place à celle d'un intérêt collectif à défendre". Que M. VIALLETON, dont nous avons suivi avec le plus grand intérêt le cours de Droit Civil, à la Faculté de Montpellier, nous permette d'émettre une opinion différente. À notre avis, la notion de fonds dominant se *cache* simplement derrière l'intérêt public, elle ne *disparaît pas*. N'y a-t-il pas également en droit civil des servitudes dans lesquelles l'utilité retirée par le fonds dominant se cache au second plan, alors que le profit retiré par le bénéficiaire apparaît en pleine lumière ? Cela est naturellement plus frappant en matière de servitudes administratives parce que le domaine public n'est jamais une fin en soi, mais un *moyen* de servir l'intérêt de tous.

(1) Cass. 30 Juin 1936. S. 1937. 1. 161.

Le domaine public d'une Nation ne retire-t-il pas une utilité certaine de la servitude défensive ?

Une servitude de reculement ne profite-t-elle pas au domaine public de la ville ?

Que l'on ne vienne pas nous dire que cette dernière servitude, ou bien la servitude d'esthétique, n'est pas liée au domaine public parce que tout étranger peut en jouir aussi bien que tout membre de la collectivité propriétaire de ce domaine.

Nous répondrons que personne n'a jamais pensé à soutenir qu'une servitude de vue n'était pas une vraie servitude sous prétexte que l'invité du propriétaire de la maison bénéficiaire pouvait en bénéficier tout autant.

Pour si séduisantes que soient les théories des publicistes sur les servitudes établies au profit de "collectivités", nous ne pouvons les admettre. Tout en acceptant leur affirmation que la notion d'intérêt public est essentielle, nous méconnaîtrions la réalité, si nous rejetions la nécessité du fonds dominant. C'est la réalité des faits qui doit nous guider, et non la séduction des théories.

B.— Il importe de distinguer la servitude administrative.

1°. — "*De l'expropriation*". Nous avons vu à propos de l'indemnité quel intérêt il y a à bien faire cette distinction. Elle est facile. Il suffit de dire que l'expropriation est le transfert de la propriété, alors que la servitude laisse la propriété où elle est en lui imposant un simple assujettissement.

Il y a également intérêt à distinguer la servitude de

l'expropriation au point de vue des formalités qui doivent la précéder et les autorités qui doivent la prononcer.

2°. — "*Des torts et dommages*". La servitude consiste en droit, les torts et dommages en fait. Ils résultent des travaux publics et engagent la responsabilité de l'Etat lorsqu'il y a préjudice matériel et certain causé par l'Administration, et faits dommageables juridiquement imputables à celle-ci. Pour la servitude, il y a d'autres règles. Nous les avons étudiées avec le problème de l'indemnité.

3°. — "*Des servitudes conventionnelles de l'Administration*". En effet les servitudes administratives existent indépendamment de la volonté du propriétaire. Donc il importe peu que le contractant ait ou non la faculté de donner un consentement valable. Le fonds dotal, le fonds de mineur, le fonds de l'interdit supportent les servitudes administratives bien que ces propriétaires soient des incapables, et n'ont pu par conséquent donner un consentement valable. Il n'en est pas de même pour les servitudes conventionnelles que peut passer l'Administration avec des particuliers. Elles ne produiront aucun effet à défaut de consentement valable.

En outre, si l'inobservation des servitudes administratives entraîne l'amende, les servitudes conventionnelles, qui n'appartiennent pas au droit public ne peuvent qu'imposer des sanctions purement civiles, exécution ou destruction d'office, résolution en dommages-intérêts.

Ayant ainsi défini la servitude administrative et l'ayant distingué de certaines droitures avec lesquelles il était possible de la confondre, il nous faut étudier sa naissance, son exécution et sa mort.

TITRE V

Naissance. Exécution. Extinction des servitudes administratives.

CHAPITRE I

Naissance des servitudes administratives.

Les lois et les règlements sont les deux grandes sources d'où émanent les servitudes administratives.

Mais il importe de ne pas oublier que les règlements sont subordonnés aux lois. Les lois posent les principes. Leur caractère essentiel est la stabilité et l'uniformité. D'où la nécessité d'établir que les règlements, peuvent donner naissance à des servitudes administratives, qui répondent à des besoins qui changent et varient dans le temps et dans l'espace, et, qui, en conséquence, ne doivent pas exiger l'intervention constante du pouvoir législatif. Ceci étant bien entendu, les autorités munies du pouvoir réglementaire ne pourront établir des servitudes administratives qu'en conformité avec la loi et si celle-ci en a posé le principe.

Quelles sont les autorités capables d'établir des servitudes administratives ?

En premier lieu, le Chef de l'Etat aura ce pouvoir.

Il édictera soit des règlements d'administration publique obligatoirement délibérés en assemblée générale du Conseil d'Etat pour les servitudes ordonnées par une loi déterminée, soit par des règlements en forme de règlements d'administration publique lorsqu'il s'agit de servitudes pour l'établissement desquelles il a reçu compétence d'une loi générale.

Les Préfets ont également le pouvoir réglementaire dans leur département, en matière de servitudes administratives, c'est surtout les servitudes de voirie qui les occuperont.

Les maires édicteront les servitudes administratives par les arrêtés municipaux. Ils prendront des arrêtés d'alignement, des arrêtés sur la hauteur des maisons dans l'intérêt de l'hygiène et de la salubrité publique, etc...

Tous ces décrets ou arrêtés sont soumis à des formalités tenant à assurer leur régularité. Ils sont bridés par la loi en ce sens que toute disposition en contradiction, soit avec l'esprit de la loi, soit avec les termes de la loi, est frappée d'illégalité. Les individus poursuivront l'annulation du règlement par un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Ou bien lorsqu'ils seront poursuivis pour inobservation du règlement illégal, ils opposeront l'exception d'illégalité qui devra être tranchée devant la juridiction administrative. C'est là le contentieux administratif normal, nous n'avons pas ici à l'approfondir.

Il convient de remarquer que le Conseil d'Etat a reconnu qu'une servitude administrative peut exister en vertu d'un usage ancien. Il estime qu'on doit continuer de suivre l'usage

établi pour chaque localité, jusqu'à ce qu'il ait été statué par un règlement général sur cette partie de la police publique.

Comment peut-on expliquer la naissance des servitudes administratives portant sur le domaine public ?

On a dit à propos des aises de voirie qu'elles naissent d'un quasi-contrat. Il est évident que des droits réels ne peuvent se former sur le domaine public sans la volonté, pour le moins implicite de l'Administration.

Dans le cas des droits des riverains sur la voie publique le consentement tacite de la puissance publique pour leur constitution résulte de ce qu'elle a permis de construire, de ce qu'elle a tracé une rue et invité à élever des maisons sur cette rue. Ce faisant, elle a donné aux propriétés tous les droits nécessaires à la jouissance de leur maison : le droit d'accès, le droit de vue, etc... On peut considérer qu'il y a là une sorte de quasi-contrat.

De ce quasi-contrat il naît des obligations à la charge des deux parties. Ainsi, le propriétaire de la maison est soumis par exemple à la servitude d'alignement, et à d'autres servitudes de voirie. De son côté la puissance publique ne doit pas porter atteinte aux droits des riverains. Il a été jugé notamment qu'un arrêté municipal ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux droits de vue, d'accès, d'entrée et de sortie des riverains, sur la voie publique, et spécialement l'arrêté qui interdit le stationnement soit de jour, soit de nuit des voitures ou charrette dans les rues de la ville, ne saurait être appliqué à celui qui fait stationner sa voiture devant la porte de son magasin pendant le temps strictement

nécessaire au déchargement des marchandises qu'il transporte (1).

La jurisprudence admet même que les droits des propriétaires riverains nés de ce quasi-contrat, survivent à celui-ci. Effectivement la Cour d'Orléans a jugé que dans le cas d'aliénation par une ville du sol d'une rue qui a cessé de servir à la circulation, les riverains sont fondés à s'opposer à ce que l'acquéreur élève sur le sol des constructions nuisant aux vues et aux jours dont ils jouissaient sur la rue.

La Cour de Cassation a donné la même solution dans une affaire où une parcelle était retranchée de la voie publique par un arrêté d'alignement.

Des servitudes administratives peuvent-elles naître d'un véritable contrat ?

On peut s'étonner qu'on puisse parler d'une servitude administrative née d'un contrat. Nous avons vu qu'elle naissait normalement d'un acte de puissance publique. Dans la servitude administrative née de cette sorte de quasi-contrat dont nous venons de parler, il y a, à l'origine, un acte de volonté de l'Administration, qui conditionne la naissance du droit des riverains. Dans un contrat, les deux parties ont une volonté de puissance égale, au moins en principe.

Pourtant nous pouvons citer un arrêt de la Cour de Cassation jugeant qu'il peut être constitué un droit réel sur le domaine public. "Si la réserve en a été librement acceptée par l'Etat dans une convention lors de l'incorporation du terrain au domaine public".

(1) Cass. 18 Nov. 1904. S. 1905. 1. 108.

Sans doute le droit réel ainsi constitué est une servitude administrative. Mais nous pensons qu'elle naît moins du contrat que de la volonté indépendante de l'Etat, lequel aurait très bien pu éviter cette charge sur son domaine en acquérant par l'expropriation le terrain qui a fait l'objet du contrat.

On doit conclure que, dans tous les cas, les servitudes administratives ne peuvent prendre naissance que d'un acte de puissance publique ou de son consentement entièrement libre.

CHAPITRE II

Exercice des servitudes

Puisque nous avons affirmé que les servitudes administratives sont des vraies servitudes dans le sens que donne à ce mot le Code Civil, nous devons retrouver, présidant à l'exercice de ces servitudes de droit public, les mêmes principes qui régissent les servitudes civiles.

Usage et conservation.

Le Code Civil édicte : celui auquel est dûe une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver" (art. 697). Et encore : "quand on établit une servitude on est censé accordé tout ce qui est nécessaire pour en user (art. 696.)

Nous proposons d'appliquer aux servitudes légales, ou deux servitudes administratives ces dispositions écrites pour les servitudes résultant du fait de l'homme. Effectivement un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon, en date du 24 Juillet 1926, affirme que le concessionnaire de distribution ou de transport d'énergie électrique peut user de la servitude de passage sur les terrains avoisinants son réseau, non seulement pour l'installation des lignes, mais encore pour leur entre-

tien, alors que la loi accorde simplement : 1°. - d'établir à demeure les supports... 2°. - de faire passer les conducteurs... 3°. - d'établir à demeure des canalisations souterraines... 4°. - de couper les branches des arbres..

C'est là une décision aussi pratique que logique, car la loi ne peut accorder une servitude, un droit quelconque sans donner en même temps les moyens de le réaliser.

“Fixité”

Le principe de la fixité des servitudes civiles est une règle essentielle. On s'accorde pour dire que c'est là une caractéristique de la servitude (1). L'article 702 du Code Civil établit cette idée : “celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre sans pouvoir faire ni dans le fonds qui doit la servitude ni dans celui à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier”. La servitude ne peut donc être exercée que pour les besoins en vue desquelles elle a été établie. Ainsi la servitude de prise d'eau concédée pour l'alimentation d'une voie ne peut être affectée à l'irrigation d'un pré (2).

De même, on ne peut admettre que l'Administration aggrave arbitrairement une servitude pesant sur une propriété privée. Nous disons bien *arbitrairement*, car il est bien certain qu'en raison de l'utilité publique elle doit pouvoir adapter la servitude établie aux circonstances, mais elle devra le faire selon des règles rigoureusement édictées par la loi. Ainsi l'Administration pourra toujours modifier une servi-

(1) Note au D. P. 1932.1.102.

(2) Req. 21 Avril 1902.

tude aérienne mais seulement par un décret modificatif soumis à l'avis du Conseil d'Etat et après enquête.

Ce principe de fixité s'applique également aux servitudes établies sur la voie publique. Mais en vertu de l'intérêt public, le propriétaire riverain ne pourra réclamer tous les effets de la servitude ordinaire entre deux héritages privés, c'est-à-dire qu'il n'aura pas le droit de refuser l'indemnité et d'exiger qu'il ne soit apporté aucun changement à l'état des lieux. Mais l'Administration ne peut, sans être tenue à indemnité, supprimer ou rendre notablement moins avantageuse sa servitude d'accès ou de sortie.

Cependant on a pu dire que les servitudes administratives n'avaient pas ce caractère de "perpétuité" inséparable de la notion de servitude civile, parce qu'elles s'éteignent le plus souvent avec l'intérêt public qui les a fait naître. C'est ~~la~~ un argument présenté par ceux qui leur refusent la qualité de véritable servitude. Mais nous pensons qu'il faut entendre la perpétuité de la servitude par opposition au caractère temporaire de l'usufruit, de la location, etc.. La perpétuité n'est qu'un accessoire de la "réalité" de ce droit en ce sens que la servitude subsiste autant que le bien pour lequel elle est créée. Pour nous qui avons affirmé le caractère de réalité de la servitude administrative, sa perpétuité ne peut faire aucun doute. Mais, va-t-on nous objecter, cette servitude meurt, parfois, tandis que le fonds au profit duquel elle a été établie subsiste? Ainsi une servitude aérienne peut disparaître alors que le terrain est toujours là. Sans doute, mais la servitude ne pourra s'éteindre que lorsque l'aérodrome au profit duquel elle a été créée n'existera plus ; tant que le terrain sera aérodrome, il y aura servitude, de même que tant que l'eau coulera de la source, il y aura servitude de puisage. Son

existence dépend donc d'une simple décision administrative ? C'est là justement le caractère particulier de la servitude administrative, le point où elle diffère de la servitude civile, mais nous nous refusions à y voir une différence de nature. Il peut paraître paradoxal de soutenir la perpétuité d'un droit aussi fragile, mais, nous l'avons déjà écrit, aucun droit ne peut durer, à l'encontre de l'intérêt public. Or l'existence de toute servitude administrative ne peut être brisée par l'Administration que si elle agit dans la ligne de son droit (selon règles rigoureuses, et surtout que si elle est dans les limites de l'utilité publique.

CHAPITRE III

Extinction des servitudes administratives.

En droit civil, les droits réels accessoires, comme les servitudes, participent aux caractères du droit principal, ils sont perpétuels en ce sens qu'ils durent indéfiniment au profit des propriétaires du fonds dominant et tant que subsiste le fonds servant.

Ils sont susceptibles de s'éteindre par la prescription.

Pour les servitudes administratives, il convient de distinguer les servitudes qui grèvent les fonds privés et celles qui grèvent le domaine public.

Pour les premières, elles ne s'éteindront que par une décision (loi ou règlements de l'autorité compétente). Les servitudes administratives établies par les lois et les règlements s'éteignent naturellement avec ces lois ou règlements eux-mêmes lorsqu'ils viennent à être abolis.

Elles s'éteignent lorsque cessent, en vertu d'actes réguliers de l'autorité, les intérêts publics qu'elles étaient destinées à satisfaire.

Certains ont prétendu qu'il n'était pas toujours nécessaire d'attendre un acte de l'autorité, et que diverses circons-

tances, par exemple, le défaut d'entretien ou l'état d'une fortification ou d'une route, devaient équivaloir à une suppression régulière. On comprend naturellement qu'il soit pénible à un propriétaire de continuer à voir sa propriété grevée d'une servitude et son droit de jouissance diminué alors que le fonds servant ne retire plus aucune utilité des charges qui lui sont imposées. C'est une situation certainement irritante. Mais admettre pour cela l'extinction de la servitude ce serait admettre que la servitude administrative s'éteint par le non usage.

Or, une des caractéristiques essentielles des servitudes administratives est qu'elles ne sont pas susceptibles d'être atteintes par la prescription. Elles sont différentes par ce caractère des servitudes du droit privé. On la comprend facilement lorsqu'on songe que ces dernières ne concernent que des rapports entre particuliers alors que les servitudes administratives règlent les relations des propriétés privées avec les biens du domaine public et par conséquent l'intérêt général. On sait en outre que la prescription suppose le consentement tacite. Un propriétaire qui, depuis plus de trente ans exerce sur le fonds voisin une servitude de passage est considéré comme le titulaire juridique de cette servitude qu'il est supposé tenir du propriétaire. En matière de droit public, auquel appartient la servitude administrative, ce consentement tacite ne peut exister car la prescription ne peut produire un résultat que la volonté des parties serait impuissante à obtenir.

Peut-on, du moins, lorsqu'une servitude n'a été établie qu'en vue et à l'occasion de circonstances extraordinaires, déduire son abrogation de la cessation de ces circonstances ?

Cela n'est pas possible, ni souhaitable, car l'apprécia-

tion des circonstances en vue desquelles la servitude a été créée ne peut appartenir qu'aux autorités qui l'ont établie. Seules ces autorités peuvent pratiquement juger si elles subsistent ou non. La décision des autorités compétentes est indispensable à leur extinction comme à leur naissance.

Il est aussi un cas intéressant signalé par JOUSSELIN. La force majeure est-elle capable de paralyser une servitude administrative ?

Prenons un exemple. Voici, au bord d'une route, un mur soumis à une servitude de reculement. En vertu de cette servitude, il ne peut être fait aucune réparation à ce mur. Mais il est abattu par une voiture. C'est là une circonstance extraordinaire qui est venu priver le propriétaire d'un mur dont il aurait joui encore longtemps. Peut-on soutenir, comme on l'a fait, que l'administration n'avait pas le droit de refuser l'autorisation de faire la réparation ? Il a été jugé que la force majeure profite aux servitudes administratives. Le propriétaire ne peut s'en prévaloir.

En définitive, comme nous l'avons dit, les servitudes administratives ne peuvent s'éteindre que par la volonté du législateur ou du pouvoir réglementaire.

Que dire des servitudes portant sur le domaine public ?

Nous avons montré que le principe d'inaliénabilité, s'il ne s'oppose pas à la constitution de droits réels sur le **domaine public** empêche que l'Administration soit gênée dans l'affectation de ce domaine par des droits irrésolubles le grevant au profit des particuliers. Il importe de ne pas oublier, à propos de ces servitudes, que la destination du domaine public ne doit jamais être contrariée, et que, par voie de conséquence, les droits réels administratifs qui peuvent peser sur lui sont essentiellement résolubles. Aussi ne

faut-il pas s'étonner du caractère essentiellement fragile des servitudes administratives telles que les aisances de voirie. Elles seront effacées par le seul changement d'affectation de ce domaine, dès qu'elles ne seront plus compatibles avec sa destination. Si les droits de vue et autres appartenant aux propriétaires riverains d'une rue ne peuvent être méconnus, quand l'Administration modifie cette voie dans l'intérêt général, ces droits ne sauraient faire obstacle à la liberté d'action nécessaire à l'autorité administrative pour la meilleure disposition des chemins publics. Cela montre une fois de plus le caractère d'intérêt général de ces servitudes qui leur donne une force particulière en même temps qu'il la limite et leur appartenance au droit public. Cela nous permet également de conclure que toutes les servitudes administratives, qu'elles soient au profit du domaine public ou qu'elles soient à sa charge, sont soumises en définitive à la volonté de la puissance publique, et c'est ce qui leur donne un caractère particulier en les distinguant des servitudes civiles.

Conclusion

Arrivés aux termes de notre étude, il nous paraît utile de résumer rapidement les divers points auxquels nous sommes parvenus.

En premier lieu, nous avons vu que les propriétés privées sont souvent mises par la loi dans un état de dépendance plus ou moins étendu selon l'intérêt public, et à ce propos nous avons affirmé que ces charges imposées à la propriété privée ne pouvaient être de vraies servitudes si on n'y retrouvait ce rapport entre deux fonds exigé par l'article 637 du Code Civil.

Nous nous sommes alors efforcé de démontrer l'existence de ce rapport dans les servitudes administratives, pour arriver à conclure qu'elles répondaient en général (1) parfaitement à la définition du Code, bien que parfois on ait pu soutenir que le domaine public n'était qu'un bénéficiaire indirect et même lointain. En droit civil, la servitude réelle ne profite-t-elle pas plus à la personne du propriétaire qu'au fonds lui-même ?

(1) Nous disons "en général" parce qu'on a pu donner le nom de servitudes administratives à des droitures qui ne répondent pas aux conditions que nous avons posées. Il est entendu que nous leur refusons, nous, le titre de servitudes,

Ensuite nous avons examiné un caractère intéressant de quelques-unes de ces servitudes que beaucoup d'auteurs considèrent comme une anomalie particulière au droit administratif ; elles consistent "in faciendo". Nous avons pu démontrer, en faisant appel à quelques servitudes identiques du Code Civil, que ce n'était pas là une raison suffisante pour leur refuser ce caractère de servitude.

Accessoirement nous nous sommes efforcés de prouver que la règle de l'inaliénabilité du domaine public n'est pas incompatible avec la constitution de servitudes "*administratives*" sur ce domaine, et qu'elle laisse subsister la possibilité d'un commerce spécial régi par le droit public et administratif.

Nous avons enfin pu nous prononcer, après avoir examiné le problème de l'indemnité, sur la nature des servitudes administratives, et dire qu'elles étaient en général de véritables servitudes, comparables aux servitudes civiles et gouvernées par leurs principes. Seul l'intérêt public qui motive leur existence leur donne un caractère particulier et en fait un droit réel de "nature administrative opposable à tous, sauf à l'Administration agissant dans les limites de cet intérêt public".

Nous savons les objections auxquelles se heurte la notion de droit réel dans le domaine du droit administratif, puisque nous avons vu des publicistes nier que le domaine public soit objet de propriété, mais nous savons d'autre part quels progrès a fait depuis HAURIOU, MESTRE, RIGAUD, la théorie des droits réels administratifs. Etant admis que les dépendances du domaine public sont dans le patrimoine ou dans la propriété des personnes morales comme l'Etat, le département, la commune, il est logique et

même nécessaire d'admettre qu'il existe entre propriété publique et propriété privée des rapports de droit qui sont réellement des servitudes. On est obligé de reconnaître que "la propriété des personnes administratives sur les dépendances du domaine public s'irradie sur les domaines privés par des servitudes administratives" (1) qui en sont les accessoires et qui participent à son caractère juridique principalement à propos de leur reconnaissance et de leur protection. Mais quel intérêt y-a-t-il à affirmer que les charges imposées à la propriété dans un but d'intérêt public sont des droits réels ? C'est que, selon la nature juridique qu'on leur reconnaîtra, droit de créance, ou droit réel, leur existence, leur protection, leur transmission, seront réglées différemment. Ici, la catégorie du droit réel répond parfaitement aux besoins de sécurité et de stabilité. De plus elle explique et justifie de nombreuses décisions de jurisprudence alors que, jusqu'à la naissance de la théorie du droit réel administratif, on ne trouvait à invoquer que le droit "sui générís", recours suprême du juriste embarrassé, comme le dit si bien M. RIGAUD.

C'est pourquoi nous persistons à voir dans les charges grevant soit la propriété privée soit parfois le domaine public dans un but d'intérêt public, des servitudes administratives comparables aux servitudes réelles du droit civil, et soumises aux mêmes principes parce qu'elles sont les unes et les autres des droits réels, et ne différant que dans leur application parce que les unes appartiennent au droit public et les autres au droit privé. Les objections que l'on peut faire aujourd'hui à l'existence de ces droits réels administratifs

(1) RIGAUD, la Théorie des Droits réels administratifs, Thèse Toulouse 1914 - P. 7.

s'éteindront certainement le jour où l'accord sera fait sur la nature des dépendances du domaine public. À ce moment là, on fera appel à la notion de servitude administrative comme à la notion de droit réel administratif pour expliquer les rapports existants entre le domaine public et propriété privée. Le trouble qui existe actuellement en ce qui concerne cette notion de servitude administrative venant de l'imprécision qui règne en ce qui concerne la nature de la propriété publique et de la conception différente que chacun s'en fait, il est certain que tout s'éclairera dès que sera admise par tous une même définition de cette propriété. Comme nous sommes persuadé que la doctrine tendra à rapprocher la notion de propriété de droit public de la notion de propriété de droit privé, nous croyons fermement que triomphera l'essai d'identification des servitudes administratives et des servitudes réelles que nous avons tenté dans ce modeste ouvrage.

BIBLIOGRAPHIE

- APPLETON. — *Traité du Contentieux Administratif.*
ASTRUC. — *De la Propriété Immobilière bâtie et non bâtie.*
AUBRY et RAU. — *Traité de Droit Civil.*
AUCOQ. — *Conférence sur le Droit Administratif.*
BATBIE. — *Droit Public et Administratif. Tome VI.*
BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Des biens.*
BERTHELEMY. — *Traité Elémentaire de Droit Administratif.*
BLAEVOET. — *Atteintes à la propriété par les Entreprises de transport et de Distribution d'énergie Electrique.*
CAPITANT. — *Cours Elémentaires de Droit Civil. Tome I.*
DEMOLOMBE. — *Cours de Code NAPOLEON. Tome 11 et 12, (Traité des servitudes).*
DUPONT. — *Servitudes défensives, thèse 1939.*
FERRAUD-GIRAUD. — *Servitude de voirie (1850).*
GAND. — *L'expropriation.*
HAURIOU. — *Traité de Droit Administratif.*
JOUSSELIN. — *Traité des Servitudes d'utilité publique 1850.*
JOUVENT. — *L'article 686 du Code Civil.*
JUGLARD. — *Obligations réelles et servitudes en droit privé français-Thèse 1937.*
KORNPROBST. — *Notion de Servitudes en droit privé français (Thèse 1936).*
LEMOINE. — *Servitudes Aériennes, Thèse 1937.*
LAURENT. — *Principes de Droit Civil. Tome 8.*

- LAFERIERE. — *Traité de juridiction administrative et recours contentieux.*
- MICHAS. — *Le droit réel considéré comme obligation passivement universelle.*
- PARDESSUS. — *Traité des servitudes.*
- REGRAY. — *Des faits de jouissance privative du domaine public ; Thèse 1900.*
- RIGAUD. — *Le droit réel. Thèse 1912.*
- — *Théorie des droits réels administratifs. Thèse 1914.*
- RIGAUX. — *Servitudes imposées aux Riverains 1908.*
- DE RIPERT. — *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les voisins.*
- ROGUIN. — *La règle de droit.*
- SANLAVILLE. — *La propriété dans ses rapports avec l'Administration.*
- SERRIGNY. — *Droit Public. Tome 2.*
- TROTABAS. — *Les utilisations privatives du domaine public.*
- VERCESCO. — *Etude générale sur les restrictions à la propriété foncière.*
-

Vu : Montpellier, le 5 Novembre 1941,

le Professeur, Président de la thèse,

DEMONTES.

Montpellier, le 11 Novembre 1941.

Vu : Le Doyen de la Faculté de Droit

G. MORIN

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 11 Novembre 1941.

Le Recteur

de l'Académie de Montpellier.

SARRAILH

Table des Matières

	Pages
INTRODUCTION	7
<i>Origine et fondement des servitudes</i>	13

TITRE I

JUSTIFICATION DE L'EXPRESSION "SERVITUDE ADMINISTRATIVE"	17
<i>Chapitre I.</i> — De la nécessité du fonds dominant	21
<i>Chapitre II.</i> — Le domaine public est-il susceptible d'être fonds dominant	31
<i>Chapitre III.</i> — Des différentes servitudes administratives	39
<i>Chapitre IV.</i> — De la règle "Servitus in faciendo consistere nequit"	45

TITRE II

ASSIETTE DES SERVITUDES ADMINISTRATIVES	57
<i>Chapitre I.</i> — Le domaine public peut-il être grevé d'une servitude administrative ?	59
<i>Chapitre II.</i> — Les aises de voirie	69

TITRE III

PROBLÈME DE L'INDEMNITÉ.

<i>Chapitre I.</i> — L'établissement des servitudes administratives donne-t-il lieu à indemnité ?	75
<i>Chapitre II.</i> — Qui fixera l'indemnité ?	87
<i>Conclusion</i>	95

TITRE IV

NATURE DES SERVITUDES ADMINISTRATIVES	97
---	----

TITRE V

NAISSANCE, EXÉCUTION, EXTINCTION DES SERVITUDES ADMINISTRATIVES.

<i>Chapitre I.</i> — Naissance	113
<i>Chapitre II.</i> — Exercice	119
<i>Chapitre III.</i> — Extinction	123
CONCLUSION	127

